

# Betydningen av due diligence for risikofordelingen ved virksomhetskjøp

Kandidatnummer: 742

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17408



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Rettskildebilde og metodiske spørsmål .....	2
1.3	Avgrensninger og videre opplegg .....	3
<b>2</b>	<b>DUE DILIGENCE-UNDERSØKELSERS FORMÅL OG FUNKSJON .....</b>	<b>5</b>
2.1	Hva er due diligence? .....	5
2.2	Bakgrunn .....	6
2.3	Ulike typer due diligence .....	6
<b>3</b>	<b>RISIKOFORDELINGEN ETTER BAKGRUNNSRETTE</b> .....	<b>9</b>
3.1	Kjøpers risiko og undersøkelsesplikt .....	9
3.1.1	Forhold kjøper ”måtte kjenne til” .....	9
3.1.2	Hovedregelen om kjøpers undersøkelsesplikt .....	12
3.2	Kravet til kjøpers aktsomhet .....	14
3.3	Selgers opplysningsplikt .....	15
3.3.1	Vilkårene for selgers opplysningsplikt .....	16
3.3.2	Sammenhengen med kjøpers undersøkelsesplikt .....	18
3.4	Selgers opplysningsrisiko .....	20
<b>4</b>	<b>VIDERE FREMSTILLING .....</b>	<b>22</b>
<b>5</b>	<b>EN ALMINNELIG UNDERSØKELSESPLIKT VED VIRKSOMHETSKJØP?</b>	<b>23</b>
<b>6</b>	<b>AKTSOMHETSVURDERINGEN .....</b>	<b>27</b>
6.1	Hensyn bak aktsomhetsnormen ved virksomhetskjøp .....	27
6.2	Momenter i aktsomhetsvurderingen .....	27
6.2.1	Selgers opplysninger og medvirkning .....	28

6.2.2	Offentlig tilgjengelig informasjon .....	29
6.2.3	Partenes profesjonalitet.....	31
6.2.4	Relasjonen mellom partene .....	32
6.2.5	Tidsmomentet .....	33
6.2.6	Fysisk inspeksjon av eiendeler .....	34
6.2.7	Plikt til å engasjere ekspertise?.....	35
<b>7</b>	<b>BRUK AV DUE DILIGENCE-UNDERSØKELSER.....</b>	<b>37</b>
7.1	Har kjøper en plikt til å foreta due diligence-undersøkelser? .....	37
7.2	Betydningen av at en undersøkelse betegnes som due diligence.....	38
7.3	Konsekvenser av å foreta due diligence-undersøkelser .....	40
7.3.1	Konsekvensen av å overse forhold i due diligencen.....	40
7.3.2	Konsekvensen av ikke å gjøre noe med negative funn og indikasjon på mangler i due diligencen .....	47
7.3.3	Avsluttende bemerkninger.....	50
7.4	Konsekvenser av ikke å foreta due diligence-undersøkelser .....	51
<b>8</b>	<b>NÆRMERE OM AVTALEREGULERINGENS BETYDNING FOR RISIKOFORDELINGEN.....</b>	<b>54</b>
8.1	Selgers garantier og erklæringer .....	54
8.2	Garantier for virksomhetens egenskaper .....	54
8.3	Sammenhengen mellom due diligence-undersøkelser og kontraktens garantikatalog .....	56
8.4	Kjøpers risiko for garanterte egenskaper ved virksomheten .....	58
8.4.1	Forhold kjøper kjente til ved avtaleinngåelsen.....	59
8.4.2	Garantienes innvirkning på kjøpers undersøkelsesplikt .....	60
8.4.3	Når har kjøper en rimelig grunn til ikke å undersøke? .....	62
8.4.4	Selgers uriktige garantier.....	65
<b>9</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>67</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Hovedproblemstillingen er hvilken betydning due diligence-undersøkelser har for risikofordelingen ved virksomhetskjøp.

Virksomhetskjøp er en omfattende og praktisk del av norsk og internasjonalt næringsliv. En virksomhet er et komplekst kjøpsobjekt bestående av en rekke eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Det oppstår ofte situasjoner hvor kjøper etter overdragelsen ikke er fornøyd, fordi det foreligger forhold ved virksomheten som ikke tilfredsstiller hans forventninger. I mange tilfeller vil det derfor oppstå spørsmål om hvem av partene som må bære risikoen for slike forhold. Fordi det er tale om en kompleks og sammensatt overdragelse, blir både kjøpsprosessen og risikofordelingen komplisert.<sup>1</sup>

Due diligence-undersøkelser er vanlig praksis ved virksomhetskjøp. Hvilke konsekvenser due diligence har for selgers og kjøpers plikter er kjernen i temaet. Partene ønsker som regel å forhåndsavtale rettsvirkningene, og deklarasjonsrett vil ofte kunne bli fraveket.<sup>2</sup> Due diligence-prosessen er egnet til å regulere ulike risikoforhold før kjøpet gjennomføres. Kontrakten vil likevel ikke kunne regulere alle aspekter som kan gjøre seg gjeldende i forbindelse med overdragelsen. Det er derfor av stor interesse å analysere hvilken betydning due diligence har for risikoplasseringen, med utgangspunkt i bakgrunnsrettens regulering.

Oppgavens tema og problemstilling er nokså omfattende, og reiser en rekke underproblemstillinger. De sentrale vurderingstemaer er forholdet mellom kjøpers undersøkelsesplikt og selgers opplysningsplikt, hvordan due diligence påvirker partenes plikter, konsekvensene

---

<sup>1</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 21

<sup>2</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 75

for risikofordelingen at kjøper foretar, eller ikke foretar due diligence-undersøkelser samt betydningen av kjøpsavtalens regulering.

## **1.2 Rettskildebilde og metodiske spørsmål**

Avtalen er primærkilden ved virksomhetskjøp. Det lar seg ikke gjøre å redegjøre for alle kontraktsmekanismer som representerer avtalepraksis i denne oppgaven. Fremstillingen tar derfor utgangspunkt i bakgrunnsrettens deklatoriske regler.<sup>3</sup>

Det forutsettes i det følgende at de aktiva som overdras har karakter av virksomhet, og at overdragelsen innebærer kjøp av alle aksjene i selskapet som eier virksomheten, eller at hele virksomheten overdras ved innmatssalg. Det finnes i norsk rett ikke egne regler for virksomhetskjøp. Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr 27, kommer til anvendelse på virksomheten som helhet, jf. § 1. At loven ved aksjesalg får anvendelse på virksomheten som helhet, og ikke bare for eksistensen av den enkelte aksje, følger av Rt. 2002 s. 1110 (Bodum).<sup>4</sup>

Det er lite Høyesterettspraksis av betydning for hovedproblemstillingen. Samtidig er det en del underrettspraksis knyttet til emnet. Av denne grunn vil et utvalg av disse avgjørelsene benyttes ved tolkningen, selv om deres rettskildemessige vekt isolert sett er begrenset. Også praksis om avhendingslova knyttet til tilsvarende spørsmål ved eiendomskjøp, er relevant.

Dansk teori og praksis benyttes i oppgaven som rettskilder ved tolkningen. De nordiske landenes obligasjonsrett er i stor grad basert på samme fundament. Dansk kjøpsretten er riktignok ikke basert på FN-konvensjonen for løsørekjøp, Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), slik som resten av de nordiske lands kjøpsrett. Den

---

<sup>3</sup> Kjøpsloven §§ 1, 3 og Avtaleloven § 1

<sup>4</sup> Rt. 2002 s. 1110 samt Buskerud Christoffersen (2008) s. 75-113

danske købeloven har imidlertid samme basis som den norske kjøpsloven av 1907. Dansk kjøpsrett er langt på vei lik den norske.<sup>5</sup>

### **1.3 Avgrensninger og videre opplegg**

Det avgrenses i det følgende mot due diligence foretatt av selger. Hovedfokuset vil knytte seg til den typiske due diligence-gjennomgang, som foretas før endelig kjøpsavtale er inngått. Når begrepet due diligence brukes vil det som regel være tale om en nokså detaljert gjennomgang av målselskapets virksomhet foretatt før avtaleinngåelse.<sup>6</sup> Er det tale om andre typer due diligence, vil det fremgå av sammenhengen.

Temaet knytter seg til kjøp av virksomhet som skjer frivillig, etter fremforhandlet avtale. Ufrivillige overdragelser samt andre typer overdragelser som aksjehandel over børs og fusjon vil ikke bli behandlet. Risiko som rettslig begrep benyttes her hovedsakelig om vederlagsrisiko.<sup>7</sup> Drøftelsene knytter seg til spørsmålet om hvem som har risikoen for ulike forhold ved virksomheten. Kjøper kan ikke fremsette krav for de forhold han må bære risikoen for. Oppgaven avgrenser mot nærmere drøftelser av mangelsansvaret, og beregningen av virksomhetskjøpers krav ved mangler eller ugyldighet.

For å foreta fornuftige drøftelser om betydningen av due diligence for risikoplasseringen, er det nødvendig å vite hvilket formål og hvilken funksjon due diligence har. Dette skal derfor behandles først (pkt. 2). Due diligence reiser særlige spørsmål om forholdet mellom selgers opplysningsplikt og kjøpers undersøkelsesplikt. Selv om dette ofte reguleres i den enkelte kjøpekontrakt, blir avtaler utformet på grunnlag av bakgrunnsretten. Reglene supplerer kontrakten i forhold til spørsmål som ikke er regulert.<sup>8</sup> En overordnet fremstilling av risikofordelingen etter bakgrunnsrettens regler om undersøkelsesplikt og opplysningsplikt er der-

---

<sup>5</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 128

<sup>6</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 651

<sup>7</sup> Hagstrøm (2004) s. 40

<sup>8</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 108 flg.

for neste tema (pkt. 3). I den videre fremstilling skal hovedproblemstillingen drøftes mer inngående (pkt. 4-8). Det vises til avhandlingens pkt. 4 for nærmere redegjørelse for fremstillingen av disse punkter.

## 2 Due diligence-undersøkelsers formål og funksjon

### 2.1 Hva er due diligence?

En due diligence-undersøkelse er en gjennomgang av målselskapets virksomhet som tar sikte på å avdekke mulige risikoområder som vil kunne være av betydning for verdien av virksomheten. I tillegg har den som hensikt å avdekke andre forhold som kjøper bør ta hensyn til i forbindelse med kjøpet. Begrepet due diligence har ikke et fast innhold, og det varierer hvor omfattende og dyptgående undersøkelsene er. Tradisjonelt deles de inn i seks ulike hovedområder: juridisk, finansiell, skattemessig, teknisk, operasjonell og kommersiell gjennomgang. En due diligence-gjennomgang er teknisk sett en revisjon av selskapets forretningsvirksomhet.<sup>9</sup>

Kjøper må finne ut om investeringen er fornuftig ut i fra kommersielle hensyn. For han er den revisjonen en due diligence-gjennomgang innebærer et viktig verktøy for å bli i stand til å kunne forhandle overfor selger. Formålet med gjennomgangen er å gjøre seg kjent med kjøpsobjektet for å få klarhet i hva han vurderer å kjøpe. Det må avgjøres om transaksjonen overhode skal gjennomføres, og hva som eventuelt må på plass i avtalen før signering og closing. Et viktig formål er å skaffe seg den kunnskap som er nødvendig for å kunne inngå forhandlinger om prisen av virksomheten. Ved å gjennomgå informasjonen i en due diligence-rapport vil kjøper være i bedre stand til å ta stilling til risiko og mulig gevinst ved et eventuelt kjøp. Han vil på bakgrunn av en gjennomført due diligence forsøke å tilpasse vilkårene i kjøpekontrakten der dette er aktuelt for å beskytte seg på best mulig måte.<sup>10</sup>

Beskyttelsen kjøper får ved å foreta due diligence-undersøkelser kan likevel være begrenset. Avtalene inneholder ofte bestemmelser som angir at kjøper ikke kan fremme krav for forhold som han oppdaget eller burde ha oppdaget ved en undersøkelse av selskapet. Sam-

---

<sup>9</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 649

<sup>10</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 649



tidig blir det ofte inntatt regler om minimums- maksimumsgrenser for hvilke typer krav som kan fremmes, og det kan være vanskelig å kvantifisere eventuelle tap. En due diligence-gjennomgang vil ikke kunne erstatte kontraktsmessig beskyttelse. Undersøkelsene må ses som et hjelpemiddel for kjøper for å ta stilling til hvilke former for kontraktsmessig beskyttelse som er nødvendig.<sup>11</sup>

## **2.2 Bakgrunn**

Begrepet due diligence og måten en due diligence-undersøkelse gjerne gjennomføres på, er hentet fra amerikansk rett.<sup>12</sup> Slike undersøkelser har etter hvert blitt en integrert del av norsk og nordisk kontraktsrett. Utviklingen må sannsynligvis ses i sammenheng med de angloamerikanske landenes sentrale stilling i det internasjonale finansliv.<sup>13</sup>

Hagstrøm stiller seg kritisk til utviklingen og mener at due diligence-prosedyrene og den tilknyttede kontraktsregulering, harmonerer dårlig med norsk kontraktsrett. Undersøkelsene reflekterer i utgangspunktet behov som er ivaretatt i nordisk rett, men ikke i angloamerikansk rett.<sup>14</sup> Due diligence-undersøkelser og den kontraktspraksis som følger med synes likevel å ha fått innpass i norsk avtalepraksis. Slike undersøkelser har "*blitt mer eller mindre standard prosedyre*".<sup>15</sup> Spørsmålet om hvilken betydning due diligence-undersøkelser har for risikofordelingen, må derfor drøftes i lys av at slike undersøkelser er praksis i bransjen og nå også en del av norsk rett.

## **2.3 Ulike typer due diligence**

Due diligence-undersøkelser foretas gjerne før avtaleinngåelse, i noen tilfeller etter avtaleinngåelse og enda sjeldnere etter closing.

---

<sup>11</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 650

<sup>12</sup> Haugstad, Gustavsson (1996) s. 13

<sup>13</sup> Hagstrøm (1999) s. 392

<sup>14</sup> Hagstrøm (1999) s. 391

<sup>15</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 648

Av og til snakker man om en pre due diligence. Betegnelsen benyttes gjerne om en kortfattet innledende vurdering av et målselskap basert på offentlig tilgjengelig informasjon. Formålet er å oppnå et best mulig beslutningsgrunnlag før man inngår eller setter i gang nærmere forhandlinger om gjennomføringen av et kjøp. Dette er ikke det man typisk forbinder med due diligence, men mer en forberedelse til kontraktsforhandlingene.<sup>16</sup>

Den typiske due diligence er en relativt detaljert gjennomgang av målselskapets virksomhet, foretatt etter at innledende kontakt med selger er etablert.<sup>17</sup> Gjennomgangen foregår i forbindelse med partenes forhandlinger før avtaleinngåelse, og blir ofte omtalt som deal due diligence. Gjennomgangen er egnet til å identifisere kritiske forhold av betydning for transaksjonen og andre viktige forhold rundt prisingen. Undersøkelsen er samtidig et middel for å ta stilling til hvilke garantiforpliktelser kjøper vil kreve under forhandlingene om virksomhetskjøpekontrakten. I tillegg bidrar gjennomgangen til en klargjøring av hvilke forutsetninger som må være til stedet for at kjøpet skal gjennomføres.<sup>18</sup>

Det forekommer at kjøper gjennomfører due diligence etter at avtalen er fremforhandlet, og etter at man er enige om prisen og øvrige vilkår, men før avtalen signeres. Særlig kan dette være prakisk under auksjonsmessige salgsprosesser. Slike undersøkelser omtales gjerne som confirmatory due diligence, eller bekreftende due diligence. I sjeldnere tilfeller vil kjøper foreta noe som kalles en post due diligence, altså en etterfølgende due diligence. Formålet med en slik gjennomgang er som regel at kjøper skal få en bekreftelse på at avtalte garantiforpliktelser er oppfylt.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 651

<sup>17</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 651

<sup>18</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 651

<sup>19</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 651

Det finnes i norsk rett, ingen lov eller forskrift som hjemler kjøpers rett til å få tilgang til målselskapets dokumenter og forretningsinformasjon, for å kunne foreta en nærmere undersøkelse av selskapets virksomhet. Gjennomgangen er avhengig av at det inngås en due diligence-avtale. Denne bør inneholde bestemmelser om når undersøkelsene skal gjennomføres, omfanget av og fremgangsmåten for undersøkelsene. Det vil si hvilken informasjon kjøper skal få tilgang til og hvordan informasjonen skal tilgjengeliggjøres.<sup>20</sup> Det kan for eksempel stilles et datarom med informasjon til disposisjon for kjøper.

Både kjøper og selger må engasjere de rådgivere og eksperter som anses nødvendig, til å bistå i en due diligence-gjennomgang. I store og komplekse kjøpsforhold kan det være behov for å engasjere ulike spesialister.<sup>21</sup> I de fleste tilfeller vil kjøper være godt hjulpet av å foreta en finansiell og juridisk due diligence, eventuelt kombinert med en kommersiell due diligence. Det avhenger dessuten av bransjen hvilke undersøkelser som anses for å være nødvendige.<sup>22</sup> Undersøkelsene utføres ofte av tre forskjellige team. Den finansielle due diligence utføres gjerne av et revisjonsfirma i samarbeid med representanter for kjøper, den juridiske due diligence av et advokatfirma og den forretningsmessige – kommersielle – due diligence av den potensielle kjøper selv sammen med rådgivere.<sup>23</sup>

Konsekvensene av negative funn i due diligencen avhengig partene legger opp prosessen.<sup>24</sup> Kjøper vil ofte ønske å reforhandle avtalen på bakgrunn av de funn som er avdekket i kjøpers due diligence-gjennomgang, særlig når det gjelder prisen.<sup>25</sup> I endelig kjøpsavtale vil det gjerne utarbeides en regulering av hvem som har risikoen for ulike forhold ved virk-

---

<sup>20</sup> Haugstad, Gustavsson (1996) s. 15

<sup>21</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 652

<sup>22</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 652

<sup>23</sup> Sigurd Knudtzon (2011) s. 281

<sup>24</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 725

<sup>25</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 726

somheten, i tillegg til hvilke rettsvirkninger kjøpers undersøkelser skal få for hans rett til å gjøre gjeldende etterfølgende misligholdsbeføyelser.<sup>26</sup>

### **3 Risikofordelingen etter bakgrunnsretten**

Der kontrakten må suppleres er det kjøpsloven mangelsbestemmelser og avtalelovens ugyldighetsregler som er det rettslige grunnlag for tolkning og utfylling.<sup>27</sup> Innholdet i og forholdet mellom undersøkelsesplikten og opplysningsplikten danner utgangspunktet for risikofordelingen mellom partene etter bakgrunnsretten.

Fremstillingen i pkt. 3 tar kun sikte på å gi en oversikt over regelverket. Dette utgangspunktet danner grunnlaget for videre drøftelser av hvilken betydning due diligence har for risikofordelingen.

#### **3.1 Kjøpers risiko og undersøkelsesplikt**

Det følger av kjøpsloven § 20 første ledd første alternativ at kjøper ikke kan fremme mangelskrav basert på noe han kjente til på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Det samme følger av avhendingslova § 3-10 første ledd og forbrukerkjøpsloven § 16 tredje ledd. Faktisk kunnskap innebærer at mangelskrav knyttet til de aktuelle forhold avskjæres. Regelen om at kjøper har risikoen for slike forhold må anses for å være utslag av et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp.<sup>28</sup>

##### **3.1.1 Forhold kjøper "måtte kjenne til"**

Etter kjøpsloven § 20 første ledd annet alternativ har kjøper også risikoen for forhold han "måtte kjenne til". Uttrykket måtte kjenne til var lenge omdiskutert. Uenigheten knyttet seg

---

<sup>26</sup> Haugstad, Gustavsson (1996) s. 25

<sup>27</sup> Haugstad, Gustavsson (1996) s. 20

<sup>28</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 145-146

til om det stilles krav til faktisk kunnskap med redusert krav til bevis eller krav til kjøpers aktsomhet.<sup>29</sup>

Etter Høyesteretts vurdering i Rt. 2002 s. 1110 (Bodum) og Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark), synes spørsmålet nå å være avklart. "Måtte kjenne til" kan innebære at kjøpers krav avskjæres, også i tilfeller der det er på det rene at han ikke har faktisk kunnskap. Det stilles krav til kjøpers aktsomhet.<sup>30</sup> Rt. 2002 s. 696 gjaldt avhendingslova, men lovens § 3-7 inneholder samme formulering knyttet til selgers opplysningsplikt. Førstvoterende uttaler på side 702 i et obiter dictum:

*"Jeg bemerker at jeg oppfatter "måtte kjenne til" som et normativt begrep, og ikke som en bevisregel, slik partene har anført. I forarbeidene, Ot.prp.nr.66 (1990-1991) side 89, sies det at "Meininga er at det ikkje må liggje føre noka rimeleg grunn for å vere uvitande". Mangelen kan altså foreligge selv om det er helt på det rene og uomtvistet at selger ikke positivt hadde kunnskap om forholdet, men det er ikke tilstrekkelig at han burde kjent til det."*

Kjøpsloven § 20 første ledd annet alternativ kan dermed hjemle en viss selvstendig undersøkelsesplikt.<sup>31</sup> Vilkåret er at kjøper kan bebreides for ikke å ha kunnskap om forholdene.

Spørsmålet er hvilken grad av uaktsomhet som kreves.

I litteraturen er det delte meninger angående den konkrete tolkningen av begrepet "måtte kjenne til", og spørsmålet er foreløpig ikke avklart i rettspraksis.<sup>32</sup> Et sentralt moment er at

---

<sup>29</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 157

<sup>30</sup> Rt 2002 1110 s. 122 og Rt 2002 696

<sup>31</sup> Hagstrøm (2005) s. 178

<sup>32</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 159

dersom regelen skal ha selvstendig betydning i forhold til regelen i kjøpsloven § 20 annet ledd, bør den tolkes slik at det gjelder et strengere krav enn simpel uaktsomhet.<sup>33</sup>

Premissene i Rt. 2002 s. 696 sett i sammenheng med Rt. 2002 s. 1110 tyder på at Høyesterett har lagt skyldkravet grov uaktsomhet til grunn.<sup>34</sup> Siste del av den overfor refererte setning fra Skøyen Næringspark-avgjørelsen, følger også av forarbeidene til kjøpsloven § 19 (b).<sup>35</sup> Bestemmelsen inneholder tilsvarende vilkår om hva selger "måtte kjenne til" knyttet til hans opplysningsplikt i as-is-kjøp. I kommentaren heter det at det ikke er "*nok at selgeren burde vite, det kreves at han måtte vite.*" Kjøpslovens forarbeider taler for at det må kreves en sterk grad av bebreidelse for at vilkåret skal være oppfylt, dette selv om en ser bort i fra uttalelsene om at regelen i utgangspunktet gjelder faktisk kunnskap.<sup>36</sup>

Samlet sett forstås mangelsreglene slik at det skal foretas en konkret avveining for å avgjøre hvilken av partene som har risikoen i det enkelte tilfelle. Dermed fremstår det ikke som avgjørende hvordan aktsomhetskravet i "måtte kjenne til" klassifiseres. Gode grunner taler imidlertid for at uttrykket innholdsmessig svarer til begrepet "grov uaktsomhet". Det synes å være i tråd med nyere rettspraksis, og rettsteknisk unngår man å innføre flere rettslige standarder. Begrepet er også svært skjønnsmessig, og kan tilpasses situasjoner av ulik karakter.<sup>37</sup> Av rettspraksis følger det at vilkåret om grov uaktsomhet krever grovt klanderverdige forhold, som innebærer avvik fra forsvarlig handlemåte i særlig grad.<sup>38</sup> Samtidig er det et grunnleggende prinsipp at det stilles strenge krav til profesjonelle kontraktsparter.<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 162

<sup>34</sup> Hagstrøm (2005) s. 178

<sup>35</sup> Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 62

<sup>36</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 162

<sup>37</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 163

<sup>38</sup> Rt 1989 1318

<sup>39</sup> Hagstrøm (2004) s. 467, se oppgavens pkt. 6

### 3.1.2 Hovedregelen om kjøpers undersøkelsesplikt

Kjøpsloven § 20 annet ledd inneholder hovedregelen om kjøpers undersøkelsesplikt. Dersom kjøper har undersøkt virksomheten før kjøpet, eller uten ”rimelig grunn” har latt være å følge selgers oppfordring om å undersøke den, så kan det ikke fremmes krav knyttet til forhold som ”burde vært oppdaget”, ved slik undersøkelse.<sup>40</sup> Bestemmelsen innebærer ingen alminnelig plikt til å undersøke før kontraktsinngåelsen, men i disse to situasjonene må kjøper bære risikoen dersom han burde ha gjort seg kjent med manglene som påberopes. Unntak gjelder der selger har opptrådt grovt uaktsomt eller i strid med redelighet og god tro.<sup>41</sup>

Bestemmelsens første alternativ stiller krav til kjøpers aktsomhet dersom han faktisk har foretatt undersøkelser. Kjøper kan ikke fremmes mangelskrav knyttet til forhold han ”burde oppdaget” ved disse. Det må være kausalitet mellom forsømmelsen og den kunnskap man ikke har fått. Vilkåret for å avskjære krav er at den angjeldende mangelen kunne vært oppdaget gjennom undersøkelsen, og det innebærer et krav om simpel – vanlig – uaktsomhet.<sup>42</sup> Ved vurderingen av om kjøper har risikoen, er det ikke nok å konstatere at han ikke har gjennomført en så grundig undersøkelse som han burde. I tillegg må det spørres om han uansett ikke ville hatt mulighet til å avdekke forholdene. Videre er det kun mangelskrav knyttet til de eiendeler som var omfattet av undersøkelsen, som kan avskjæres i medhold av første alternativ i § 20 annet ledd.<sup>43</sup>

Kjøpsloven § 20 annet ledd annet alternativ inneholder en regel med mer skjønnsmessige vilkår. Det første spørsmålet er om selger har gitt en tilstrekkelig oppfordring til kjøper om

---

<sup>40</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 148

<sup>41</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 149

<sup>42</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 150-151

<sup>43</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 151

å undersøke.<sup>44</sup> Forutsetningen for at § 20 annet ledd annet alternativ får anvendelse er at kjøper faktisk får oppfordringen, og at den kom fra noen det var grunn til å regne med opptrådte på vegne av selger.<sup>45</sup> Oppfordring om å undersøke kan imidlertid også følge implisitt av avtalesituasjonen, se pkt. 5. Kjøper taper likevel ikke sitt mangelskrav dersom det foreligger en ”rimelig grunn” til å avslå en oppfordring om å undersøke hele eller deler av virksomheten. Om kjøper har slik rimelig grunn, beror på en konkret vurdering.<sup>46</sup>

Unntaket i kjøpsloven § 20 annet ledd innebærer at manglende undersøkelser ikke får betydning dersom selger har opptrådt ”grovt aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro”. Spørsmålet om det er utvist uaktsomhet avhenger tradisjonelt av om det foreligger ”en kvalifisert klanderverdig opptreden” eller om handlingen representerer ”et markert avvik fra vanlig forsvarlig handlemåte”.<sup>47</sup> Uredelighetsvilkåret følger av avtaleloven § 33. I teorien er det pekt på at kravet til grov uaktsomhet og uredelig opptreden etter kjøpsloven § 20 ikke skal forstås like strengt.<sup>48</sup>

Hvilke krav som skal stilles til en selger, kommer til uttrykk i reglene som gjelder de ulike mangelsgrunnlag.<sup>49</sup> Reglene om selgers forpliktelser, følger blant annet av kjøpsloven §§ 17, 18 og 19, og det er i første rekke overtredelse av disse pliktene som vil kunne fremstå som uredelig eller grovt uaktsomt i henhold til § 20. Etter forarbeidene skal uttrykket i strid med redelighet og god tro i praksis forstås som selgers opplysningsplikt.<sup>50</sup> Samtidig er det nettopp mangelsgrunnlagene som aktualiserer undersøkelsesplikten. Har selger holdt in-

---

<sup>44</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s.151

<sup>45</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 152-153

<sup>46</sup> se pkt. 5

<sup>47</sup> Rt 1989 1318 samt Hagstrøm (2004) s. 467 flg.

<sup>48</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 155

<sup>49</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 156

<sup>50</sup> Ot.prp.nr 80 (1986-1987) s. 63



formasjon tilbake vil det vanligvis ikke være uredelig dersom kjøperen burde oppdaget mangelen ved en normal undersøkelse, se pkt. 2.3.2<sup>51</sup>

### **3.2 Kravet til kjøpers aktsomhet**

Reglene om at kjøper ikke kan fremme mangelskrav knyttet til forhold han burde eller måtte vært kjent med ved avtaleinngåelsen inneholder krav til hans aktsomhet. I praksis innebærer det ofte en undersøkelsesplikt. Vurderingen knytter seg da til om kjøpers undersøkelse er foretatt med tilstrekkelig grundighet. Aktsomhetskravet kan også medføre at kjøper må bære risikoen for den informasjon han har mottatt, på tross av at han ikke har forstått konsekvensene av den.<sup>52</sup>

Av forarbeidene til kjøpsloven § 20 annet ledd, følger det at forhold ved kjøpssituasjonen som gir kjøper en rimelig grunn til å begrense en påbegynt undersøkelse, innebærer at han beholder retten til å påberope seg mangler som kunne vært oppdaget dersom en mer omfattende undersøkelse hadde vært gjennomført.<sup>53</sup> Det samme gjør seg gjeldende i vurderingen av hva kjøper måtte kjenne til etter første ledd. Spørsmålet er om han hadde en *”rimelig unnskyldning for å være uvitende om forholdet”*.<sup>54</sup> Avgjørende for begge regler vil altså være om det var rimelig grunn til ikke å undersøke nærmere. Spørsmålet knyttet til kjøpers aktsomhet, har nær sammenheng med spørsmålet om han kunne unnlate å følge en oppfordring om å undersøke.<sup>55</sup>

Innholdet i aktsomhetskravet ved virksomhetskjøp i lys av praksisen med due diligence-undersøkelser, skal vurderes nærmere nedenfor i pkt. 6.

---

<sup>51</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 156

<sup>52</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 176

<sup>53</sup> Ot.prp.nr 80 (1986-1987) s. 63

<sup>54</sup> Hagstrøm (2005) s. 177

<sup>55</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 176

### 3.3 Selgers opplysningsplikt

Regelen om selgers opplysningsplikt er lovfestet i blant annet avhendingslova § 3-7 og forbrukerkjøpsloven § 16 første ledd (b). En tilsvarende regel er kommet til uttrykk i kjøpsloven § 19 første ledd (b,) der gjenstand er solgt ”as is”, eller med lignende forbehold.<sup>56</sup>

Det er i kjøpsloven ikke tatt inn en tilsvarende bestemmelse for ordinære kjøp. I norsk teori og praksis er det likevel lagt til grunn at selger har en plikt til å opplyse kjøper om forhold av betydning for kjøpet før avtaleinngåelsen, og dette anses som en generell kjøpsrettslig regel.<sup>57</sup> Unnlatelse av å opplyse kan skape forventninger hos kjøper, og *”misligholdt opplysningsplikt medfører at ytelsen skal være i samsvar med det kjøper på bakgrunn av selgers taushet kunne forvente.”*<sup>58</sup> Kjøpsloven § 19 første ledd (b) kan anses som en kodifisering av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.<sup>59</sup>

Det kan også utledes en viss opplysningsplikt for selger av kjøpsloven § 17, der det fastslås at avvik fra avtalen kan utgjøre en mangel. Dersom selger er kjent med negative forhold, må han opplyse om disse og justere forventningene kjøperen har basert på avtalen.<sup>60</sup>

Selgers tilbakeholdelse av opplysninger kan også gi grunnlag for krav fra kjøper etter avtalerettslige regler, fordi det er ”i strid med redelighet og god tro” eller ”urimelig” å fastholde avtalen, jf. avtaleloven §§ 33 og 36.<sup>61</sup> Vurderingen etter de avtalerettslige regler er mer

---

<sup>56</sup> Hagstrøm (2004) s. 135

<sup>57</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 491

<sup>58</sup> Hagstrøm (2004) s. 135

<sup>59</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 492 samt Hagstrøm (2004) s. 151-152

<sup>60</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 491

<sup>61</sup> Avtaleloven §§ 33, 36

skjønnsmessig enn de kjøpsrettslige, men det er antatt at de samme momentene gjør seg gjeldende.<sup>62</sup>

Reglene om opplysningsplikt har sin bakgrunn i det alminnelige lojalitetskravet i kontraktsforhold. Siktemålet er å ramme uredelig opptreden fra selgers side ved forsøk på å utnytte at han selv har mer informasjon enn kjøper.<sup>63</sup> Det er ikke et vilkår for overtredelse at selger bevisst holder kjøper uvitende om negative forhold, eller at han har til hensikt å opptre illojalt.<sup>64</sup>

### 3.3.1 Vilåårene for selgers opplysningsplikt

Det tas her utgangspunkt i at Kjøpsloven § 19 første ledd (b) kodifiserer alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Etter bestemmelsen må opplysningene gjelde "vesentlige forhold" ved virksomheten, som selger "måtte kjenne til" og som kjøperen "hadde grunn til å renkne med å få". Dette gjelder så langt unnlatelsen "kan antas å ha innvirket på kjøpet".<sup>65</sup>

Ordlyden i § 19 første ledd (b) og formålet med å pålegge selger en plikt til å gi opplysninger tilsier at informasjonen må være relatert til den virksomhet som overdras.<sup>66</sup> Begrepet opplysning taler for at det er konkret informasjon som omfattes av selgers opplysningsplikt. Rene hypoteser og rykter om fremtidige forhold må i alminnelighet falle utenfor, men dette kan måtte vurderes konkret i det enkelte tilfelle.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 494

<sup>63</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 494

<sup>64</sup> Rt 1995 1460

<sup>65</sup> Kjøpsloven § 19 første ledd (b)

<sup>66</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 496

<sup>67</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 497

Informasjonen som omfattes av selgers opplysningsplikt må være av en viss betydning for kjøper. Vilkåret om at opplysningene må ha ”innvirket” på kjøpet overlapper til dels med vilkåret om at opplysningen må gjelde ”vesentlige forhold” ved virksomheten.<sup>68</sup>

Vesentlighetsvurderingen må ses i sammenheng med hva kjøper kunne funnet frem til ved en normal undersøkelse. I følge forarbeidene er bestemmelsen ”*mest aktuell i forbindelse med vesentlige egenskaper som ikke kan oppdages ved en vanlig undersøkelse eller som kjøperen for øvrig ikke har mulighet for å kjenne til.*”<sup>69</sup> Ved nærmere fastsettelse av vesentlighetskravet må det ses hen til hvilken bransje virksomheten operer i, kjøpesummen, de forhold opplysningene dreier seg om og andre omstendigheter.<sup>70</sup>

Spørsmålet om unnlatelsen av å gi opplysningen må antas å ha virket inn på kjøpet, knytter seg til om det er en viss grad av sannsynlighet for at kontrakten ikke ville blitt inngått eller ville blitt inngått på andre vilkår om kjøper hadde fått opplysningene.<sup>71</sup> Se om samme vilkår i kjøpsloven § 18 i pkt. 3.4.

Selgers opplysningsplikt etter kjøpsloven § 19 første ledd (b) omfatter ikke bare hans faktiske kunnskap, men også forhold han ”måtte kjenne til”. Kunnskap det er grovt uaktsomt ikke å ha, omfattes dermed av bestemmelsen.<sup>72</sup> Se om det tilsvarende vilkåret i kjøpsloven § 20 første ledd i avhandlingens pkt. 2.1.1.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 501

<sup>69</sup> Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 62

<sup>70</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 503

<sup>71</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 507

<sup>72</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 510 samt Hagstrøm (2005) s. 78-79

<sup>73</sup> Rt 2002 696 og Rt 2002 1110

Hvilket skyldkrav som gjelder etter kjøpsrettslige regler, utenfor ”as is”-kjøp, er omdiskutert. Kontraktslovgivningen inneholder flere steder kravet ”måtte kjenne til”, og det er nå lagt til grunn i juridisk teori at selger også i ordinære kjøp har risikoen for å unnlate å gi slike opplysninger. Hagstrøm viser til at den utvidede tolkningen av begrepet Høyesterett synes å foreta i Rt. 2002 s. 696 (Skøyen Næringspark), gjør det vanskelig å se at det er rasjonelt å legg et annet skyldkrav til grunn i de ulovfestede tilfellene. Grov uaktsomhet anses som skyldkravet også utenfor kjøpsloven § 19 første ledd (b).<sup>74</sup>

Etter avtalelovens regel om ugyldighet i § 33, og kravet til lojalitet i kontraktsforhold har selger opplysningsplikt også om forhold han burde kjent til. Avtaleloven § 36 stiller ikke noe krav til kunnskap, og kan ramme tilfeller hvor selger verken kjente til, måtte kjenne til eller burde kjenne til at opplysningene fantes.<sup>75</sup>

Det er også et vilkår at kjøper hadde grunn til å regne med å få de aktuelle opplysningene. Vurderingen vil være skjønnsmessig og subjektiv i forhold til det enkelte tilfelle, da det er vanskelig å angi en skarp grense for hvilken informasjon kjøper har grunn til å regne med å få. Hensynet til forutsigbarhet og effektivitet, taler for at det må ses hen til hva som er de typiske forventninger på kjøpersiden. Dersom avtaletypen og relasjonen mellom partene ikke inngår i den konkrete vurdering vil det ofte være vanskelig å bevise hva kjøper kunne forvente å få informasjon om. Kjøpers forventninger må samtidig ha vært synbare, og selger må ha hatt en foranledning til å gi opplysningene.<sup>76</sup>

### 3.3.2 Sammenhengen med kjøpers undersøkelsesplikt

Selgers opplysningsplikt må som nevnt ses i sammenheng med kjøpers undersøkelsesplikt. Særlig vilkåret om at kjøper må ha hatt grunn til å regne med å få informasjonen, har en klar side til reglene om kjøpers risiko i kjøpsloven § 20. Kjøper må fylle vilkårene i § 20

---

<sup>74</sup> Hagstrøm (2005) s. 79

<sup>75</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 510

<sup>76</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 515

for at misligholdt opplysningsplikt skal utgjøre en mangel.<sup>77</sup> Dersom han hadde eller måtte ha kunnskap, eller der undersøkelsesplikten innebærer at han burde skaffet seg informasjon, vil han som regel ikke ha grunn til å regne med å få opplysningene av selger.<sup>78</sup>

Det tradisjonelle utgangspunktet i norsk rett er at selgers opplysningsplikt går foran kjøpers undersøkelsesplikt. Dette er likevel et utgangspunkt med modifikasjoner.<sup>79</sup> Det må foretas en avveining av forventningene til kjøpers undersøkelser og forventningene til selgers opplysninger. Momenter av betydning er forholdet mellom partene, hvilken informasjon selger har gitt og hvilken kunnskap kjøper må forventes å ha.<sup>80</sup>

Et praktisk spørsmål i forhold til risikofordelingen oppstår dersom selger har unnlatt å opplyse om noe kjøper kunne fått kunnskap om, hvis han hadde foretatt en grundigere undersøkelse. I følge forarbeidene avskjæres selgers opplysningsplikt som hovedregel der kjøper kunne fått kunnskap gjennom en "normal undersøkelse".<sup>81</sup> Vurderingen knytter seg til spørsmålet om kjøper måtte eller burde oppdaget forholdet ved en slik undersøkelse. Er det på det rene at forholdene kunne vært oppdaget dersom undersøkelsen hadde vært foretatt med den grundighet og aktsomhet som kreves, må opplysningsplikten forankres i unntaket i kjøpsloven § 20 annet ledd, om selgers opptreden i strid med redelighet og god tro. Denne problemstillingen må vurderes konkret, med utgangspunkt i begge parter forhold, se pkt. 7.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 492

<sup>78</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 517

<sup>79</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 517

<sup>80</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 520-534

<sup>81</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 62

<sup>82</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 517-518

### 3.4 Selgers opplysningsrisiko

Etter kjøpsloven § 18 første ledd har selger risikoen for uriktige eller villedende opplysninger han ”har gitt”, dersom disse ”kan antas å ha virket inn” på kjøpet.<sup>83</sup> Selgers risiko for uriktige opplysninger anses som grunnleggende i kontraktsretten.<sup>84</sup> Regelen gjelder selv om virksomheten er solgt ”as-is”, eller med andre forbehold, jf. kjøpsloven § 19 første ledd (a).<sup>85</sup> Grunnlaget er objektivt. Det kreves ikke at selger visste at opplysningene var gale da han ga dem, eller ved avtaleinngåelsen.<sup>86</sup> Regelen om opplysningsrisiko skiller seg fra opplysningsplikten ved at det må være gitt en opplysning.

Bestemmelsen får ikke selvstendig betydning, dersom de opplysninger det er tale om utgjør kontraktsvilkår. I slike tilfeller følger det av kjøpsloven § 17 at det foreligger en mangel, og for den type opplysninger er det ikke noe innvirkningskrav.<sup>87</sup>

Selger kan også måtte bære risikoen for uriktige opplysninger etter avtaleloven. Av lovens § 33 følger det at det kan stride mot redelighet og god tro å påberope kjøpekontrakten når selger kjente til eller burde kjent til, at hans opplysninger var uriktige ved kontraktsinngåelsen. Det vil etter omstendighetene også kunne være urimelig å fastholde kontrakten etter avtaleloven § 36.<sup>88</sup>

Selgers risiko for opplysninger må, for å tillegges betydning, referere seg til den virksomhet som overdras.<sup>89</sup> Ikke alle opplysninger som viser seg å være uriktige fører til ansvar.

---

<sup>83</sup> Kjøpsloven § 18 første ledd

<sup>84</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 443

<sup>85</sup> Kjøpsloven § 19 første ledd (a)

<sup>86</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 443

<sup>87</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 443

<sup>88</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 444-445

<sup>89</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 449

Begrepet opplysning i § 18 første ledd og § 19 første ledd (a) taler for at informasjonen til en viss grad må være spesifisert.<sup>90</sup> Vage og usikre opplysninger kan falle utenfor selgers risikoområde.<sup>91</sup> Opplysningene må være uriktige. I Rt. 1926 s. 962 fant Høyesteretts flertall at selger ikke var ansvarlig for opplysninger om lønnsomhet av en forretning. Den hadde hatt økonomiske problemer i flere år, men i begrunnelsen vektla Høyesterett at selger hadde slitt med stor gjeld som kjøper ikke skulle overta. Opplysningene var ikke uriktige, fordi muligheten for lønnsom drift var til stede.<sup>92</sup>

Begrepet uriktige innebærer både villedende opplysninger og direkte gale opplysninger. Villedende opplysninger er ikke i seg selv uriktige, men de gir et galt bilde av virksomheten, da andre viktige opplysninger forties.<sup>93</sup>

Ordlyden i kjøpsloven § 18 første ledd og § 19 første ledd (a) peker på opplysninger gitt av "selger". Det er imidlertid ikke noe krav om at opplysningen kommer fra selger personlig. *"I mange tilfelle vil selgeren heller ikke være en person, men et selskap. Uansett er selgeren ansvarlig for sine tilsatte og andre lovlige stedfortredere, forutsatt at de har fullmakt til å gi slike opplysninger"*<sup>94</sup>

Hva som kreves for å bevise innvirkning ble vurdert i Rt. 2005 s. 257 (EpiLight) Kjøper av et hårfjerningsapparat krevde å få heve fordi selger hadde gitt uriktige opplysninger om apparatets egenskaper. Høyesterett uttalte i denne sammenheng:

---

<sup>90</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 448

<sup>91</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 450 flg

<sup>92</sup> Rt 1926 962

<sup>93</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 456-457

<sup>94</sup> Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 60



*”Forutsetningen for at de uriktige opplysningene skal gi grunnlag for mangelsbeføyelser, er at de « kan antas å ha innvirket på kjøpet ». Denne formuleringen viser at beviskravet for at opplysningene har innvirket på kjøpet, ikke er særlig strengt.”<sup>95</sup>*

Det kreves at kjøper på en eller annen måte har blitt motivert av den uriktige opplysningen. Hvis han kan bevise at kjøpet ikke ville blitt inngått, eller inngått på andre vilkår dersom det riktige forholdet hadde vært kjent, er kravet til innvirkning oppfylt.<sup>96</sup>

#### **4 Videre fremstilling**

Utgangspunktet i de foregående punkter viser at det ved virksomhetskjøp skal foretas en konkret avveining mellom hvilke opplysninger selger har gitt eller burde ha gitt, og hva kjøper hadde kunnskap om eller burde skaffet seg kunnskap om gjennom undersøkelser.

I det følgende skal hovedproblemstillingen om hvilken betydning due diligence-undersøkelser har for risikofordelingen, undersøkes nærmere. Det første spørsmålet er om praksisen med due diligence-undersøkelser har gjort at kjøpslovens § 20 annet ledd automatisk kommer til anvendelse (pkt.5). Videre skal premissene for virksomhetskjøpers akt-somhetskrav belyses gjennom en momentliste (pkt.6). Deretter tas ulike spørsmål om bruken av due diligence-undersøkelser opp. Særlig spørsmålet om kjøper har en plikt til å foreta due diligence-undersøkelser, hvilke konsekvenser det får for risikofordelingen at han gjennomfører en due diligence og konsekvensene av at han ikke foretar eller får foreta en slik gjennomgang (pkt.7). Avslutningsvis skal betydningen av partenes avtaleregulering vurderes nærmere (pkt.8).

---

<sup>95</sup> Rt 2005 257 avs. 37

<sup>96</sup> Krüger (1999) s. 182-183

## 5 En alminnelig undersøkelsesplikt ved virksomhetskjøp?

Kjøper er pålagt en viss undersøkelsesplikt etter kjøpsloven § 20 første ledd annet alternativ, og har risikoen for forhold han ”måtte kjenne til”. Problemstillingen er hva som skal til for at virksomhetskjøper har en undersøkelsesplikt etter kjøpsloven § 20 annet ledd.

Undersøkelsesplikten i bestemmelsen utløses ved fortatte undersøkelser og ved selgers oppfordring til kjøper om å undersøke.<sup>97</sup> Oppfordring om å undersøke kan være gitt i salgsprosessen enten muntlig eller skriftlig, og den kan følge av avtalesituasjonen.<sup>98</sup>

Kjøper eller hans rådgivere, vil ofte få informasjon om virksomheten før avtalen gjennomføres. Slike disposisjoner vil normalt oppfattes som en oppfordring å gjøre seg kjent med dokumentasjonen. Det bør kunne forventes at et profesjonell kjøper forstår dette. Er et datarom med informasjon stilt til kjøpers disposisjon i forbindelse med en foretatt due diligence-undersøkelse, faller tilfellet inn under kjøpsloven § 20 annet ledd første alternativ. Kjøper har da i utgangspunktet risikoen for forhold som burde vært oppdaget ved gjennomgangen. Disposisjoner av denne typen kan imidlertid også inneholde henvisninger til annen informasjon, som i sin tur kan innebære en oppfordring om å undersøke nærmere etter annet alternativ i bestemmelsen.<sup>99</sup>

Hvis selger opplyser om hvem kjøper kan ta kontakt med for å få relevant informasjon, anses også ofte dette som en oppfordring til å foreta undersøkelser.<sup>100</sup> Dette ble lagt til grunn i LB-1999-002118 (Borgarting). Kjøpers krav ble her avskåret fordi han ikke kontak-

---

<sup>97</sup> Kjøpsloven § 20 annet ledd

<sup>98</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 152

<sup>99</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 152

<sup>100</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 152

tet revisor. Negative forhold kunne vært avdekket, dersom kjøper hadde fulgt oppfordringen.<sup>101</sup>

Vurderingen vil være konkret i det enkelte tilfelle, fordi regelen i kjøpsloven § 20 annet ledd innebærer et aktsomhetskrav. Kjøpets karakter med to profesjonelle parter gjør det imidlertid vanlig å foreta due diligence-undersøkelser. Dette taler for at kravet om at det skal foreligge en oppfordring ikke bør tolkes for strengt.<sup>102</sup>

Problemstillingen der det foreligger en oppfordring er om kjøper hadde en ”rimelig grunn” til å unnlate å følge den.

Det at det vil være tids- eller kostnadskrevende å foreta en undersøkelse selger oppfordrer til kan være en rimelig grunn. Samtidig må det tas hensyn til at også andre forhold enn kjøpers undersøkelser kan innebærer store kostnader, og at det tar tid å bli enige om bestemmelsene i kontrakten. Relativt sett vil tidsbruk og kostnader i sammenheng med en undersøkelse bli mindre, i forhold til et kjøp av en enklere karakter. En virksomhetskjøper vil derfor sjelden ha rimelig grunn til ikke å følge en oppfordring om å undersøke. Spørsmålet beror videre på om oppfordringen var av generell karakter, eller om selger oppfordret til å undersøke et helt konkret forhold. Særlig de konkrete forhold vil det være mindre grunn til å unnlate å undersøke, fordi det innebærer en mer avgrenset oppgaver for kjøper.<sup>103</sup>

På bakgrunn av at det er vanlig å undersøke virksomheten før transaksjonen gjennomføres, kan det også spørres om regelen i kjøpsloven § 20 annet ledd utløses uten at vilkårene i bestemmelsen foreligger. Dette fordi selgers oppfordring må anses underforstått. Nærmere

---

<sup>101</sup> LB-1999-002118

<sup>102</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 151-152

<sup>103</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 154

bestemt om kjøpets karakter og den tilhørende avtalepraksis med due diligence-undersøkelser i seg selv er en oppfordring til kjøper om å undersøke.

Problemstillingen er om kjøpsloven § 20 annet ledd utløser en undersøkelsesplikt uten at det selger har gitt en konkret oppfordring til å undersøke, og uten at kjøper selv har foretatt undersøkelser.

Flere momenter taler for at en regel om at oppfordringen anses underforstått kan være hensiktsmessig. Spørsmålet om det foreligger en oppfordring fra selger etter § kjøpsloven § 20 annet ledd bør som nevnt i utgangspunktet ikke tolkes for strengt. Et annet moment er hensynet bak regelen om at kjøper ikke har en ubetinget undersøkelsesplikt etter loven. I forarbeidene fremheves det at en slik plikt vil være *”spesielt upraktisk”* i butikkjøp.<sup>104</sup> I et virksomhetskjøp synes forundersøkelser å være mer praktisk. Det kompliserte kjøpsobjektet og graden av profesjonalitet taler for at det bør stilles større krav til kjøpers aktivitet.<sup>105</sup> Hagstrøm peker på regelens begrunnelse: *”Bakgrunnen for at loven har som utgangspunkt at kjøper kan erverve ting usett, er ikke minst at loven også gjelder ved distansekjøp. En plikt til å gjøre forundersøkelser vil lett umuliggjøre slike kjøp.”*<sup>106</sup> I forarbeidene sies det videre at: *”Dessuten vil det selvsagt kunne følge av partenes avtale eller av sedvane at kjøperen skal undersøke tingen på forhånd.”*<sup>107</sup>

I Bodum-dommen kommer Høyesterett inn på spørsmålet om hva som er vanlig avtalepraksis. Førstvoterende uttaler på side 1120:

---

<sup>104</sup> Ot.Prp. nr. 80 (1986-1987) s. 63

<sup>105</sup> Buskerud Christoffersen (2004) s. 405

<sup>106</sup> Hagstrøm (2005) s. 179

<sup>107</sup> Ot.Prp. nr. 80 (1986-1987) s. 63

*”Det er riktig nok så at det er vanlig ved denne type transaksjoner å gjennomføre « due diligence », eventuelt foreta en mer begrenset gjennomgang av selskapets økonomiske stilling.”*<sup>108</sup>

De danske forfatterne Engholm Hansen og Lundgren tar opp spørsmålet om det har dannet seg en rettslig standard for at kjøper skal undersøke. De viser til at det i danske og internasjonale virksomhetskjøp er sedvanlig å gjennomføre forutgående undersøkelser. Drøftelsen knytter seg til spørsmålet om det foreligger en sedvane for en alminnelig undersøkelsesplikt i forkant av kjøpet. Etter inngående drøftelser av rettspraksis, kommer de frem til at det ikke med sikkerhet kan trekkes en slik konklusjon.<sup>109</sup>

Det vil nok vil være å strekke rettstilstanden for langt å hevde at det foreligger en sedvane for forundersøkelser ved virksomhetskjøp. Slike undersøkelser må likevel kunne sies å være vanlig avtalepraksis. Bransjepraksis, Bodum-dommen og juridisk teori, vil kunne tale for at kjøpers oppfordring om å undersøke er underforstått.<sup>110</sup> Spørsmålet er imidlertid ikke er avklart gjennom lovgiving eller rettspraksis, og det pekes her kun på momenter i vurderingen.

Når oppfordring om å undersøke lett vil anses for å foreligge, vil kjøper vanligvis måtte utføre en viss gjennomgang av virksomheten i forbindelse med avtaleinngåelsen. Dermed vil det i praksis ikke ha så stor betydning om oppfordringen forutsettes eller ikke. Begge løsninger fører til at kjøpsloven § 20 annet ledd lett kommer til anvendelse. Kjøper har da risikoen for det han ”burde” oppdaget. En konkret tolkning er nødvendig for å vurdere hva kjøper burde vite i det enkelte tilfelle. Tolket gjennom de rettskilder som foreligger på om-

---

<sup>108</sup> Rt 2002 1110

<sup>109</sup> Engholm Hansen og Lundgren (2009) s. 291-293

<sup>110</sup> Rt 2002 1110 samt Engholm Hansen og Lundgren (2009) s. 291

rådet, taler de beste grunner for at det stilles et nokså strengt aktsomhetskrav til virksomhetskjøper, se pkt. 6. flg.

## **6 Aktsomhetsvurderingen**

### **6.1 Hensyn bak aktsomhetsnormen ved virksomhetskjøp**

Ulike hensyn gjør seg gjeldende i vurderingen av hvor strengt aktsomhetskrav som kan stilles til en virksomhetskjøper. Selger vil normalt kjenne virksomheten best, og han bør av flere grunner bære risikoen hvis det er gitt uriktige opplysninger eller er tilbakeholdt informasjon. Det er også samsvar med rettsøkonomiske betraktninger om den som har best tilgang til og oversikt over informasjon har risikoen for at denne blir fremlagt.<sup>111</sup>

Ved denne typen overdragelse kan det imidlertid være svært arbeidskrevende for selger å fremskaffe relevant informasjon, sammenlignet med ved mindre komplekse kjøpsforhold. Ved salg av større virksomhet vil det kunne innebære en omfattende innsats fra selger å skaffe alle opplysninger i en form som er egnet til å gi kjøper tilstrekkelig innsikt. Derfor er det ikke alltid rimelig at selger har risikoen for dette. Et grunnleggende prinsipp i norsk kontraktsrett er at hver av partene bærer risikoen for egen forutsetninger, og dette tilsier at det må stilles krav også til kjøpers innsats.<sup>112</sup>

### **6.2 Momenter i aktsomhetsvurderingen**

Kjøper vil med få unntak vil bli nødt til å foreta undersøkelser for å ivareta sine rettigheter. Problemstillingen i det følgende er når han kan sies å ha opptrådt tilstrekkelig aktsomt etter kjøpsloven § 20 første og annet ledd, de avtalerettslige regler og kontraktsklausuler med tilsvarende innhold.

---

<sup>111</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s 178

<sup>112</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 178-180

Det skal pekes på ulike momenter som kan tillegges betydning i aktsomhetsvurderingen. De samme momentene gjør seg gjeldende uavhengig av hvilket regelsett man er innenfor, og hvilken grad av klanderverdighet som kreves. Alle momenter av betydning kan av plasshensyn ikke behandles i denne oppgaven, og det foretas her et utvalg.

### 6.2.1 Selgers opplysninger og medvirkning

I forhold til informasjon som ikke er offentlig tilgjengelig vil det være av betydning for kjøpers undersøkelsesplikt hvilken grad av åpenhet og medvirkning selger viser. Spørsmålet er hvilken innsats som kreves, og svaret beror på hva slags undersøkelse det var mulig å foreta basert på hva selger la til rette for og muliggjorde.<sup>113</sup>

Selger opplysningsplikt ikke er en fast standard. Fordi begge parter forhold er av betydning når plikten skal fastlegges i det enkelte tilfelle, er det av stor betydning at kjøper gjerne foretar en due diligence-gjennomgang. En mulighet er at han da får tilgang til all dokumentasjon om virksomheten, i tillegg til at han får ta med seg juridiske, finansielle, kommersielle og tekniske rådgivere. Dette kan organiseres ved at selger lagrer informasjonen på et datarom på en ryddig måte. Har selger gitt en slik omfattende tilgang vil det være en tillitserklæring, og tilretteleggingen vil som regel være arbeidskrevende. Hensynet til lojalitet tilsier da at kjøper har en streng aktsomhetsplikt.<sup>114</sup> Selgers opplysningsplikt vil ofte anses oppfylt ved at fullstendig due diligence-materiale overleveres, se pkt. 7.3.1.

Konkret informasjon i due diligence-materialet som angår verdien av virksomheten er samtidig kjerneområdet for reglene om selgers opplysningsrisiko.<sup>115</sup> Spørsmålet om selgers opplysninger reduserer kravet til kjøpers aktsomhet, kan bero på om de gjelder forhold det

---

<sup>113</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 181

<sup>114</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 181

<sup>115</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 449

er knyttet usikkerhet til. Er det tale om usikre forhold, kan det være at han må undersøke nærmere for at aktsomhetskravet skal være overholdt.<sup>116</sup>

Selger må ha et visst skjønn når det kommer til opplysninger det generelt er knyttet usikkerhet til, og alle opplysningene som gis må ses i sammenheng. Selv om noen opplysninger kan være gale, kan det være gitt andre som viser at de var uriktige.<sup>117</sup> Det er naturlig å avtale at ikke alle opplysninger i det informasjonsgrunnlag kjøper får tilgang til i sin due diligence-gjennomgang som viser seg å være uriktige, innebærer at selger har risikoen for dem. Som regel vil avtalen innebære at det må være tale om en ikke uvesentlig feil, noe som også følger av innvirkningskravet i kjøpsloven § 18.

Ved full åpenhet bør det forventes at kjøper søker å tilegne seg all tilgjengelig informasjon av betydning. Dette aktsomhetskravet, kan innebære at han må stille oppfølgingsspørsmål til den informasjonen han har mottatt. Samtidig er det mulig at han må lete etter negative funn.<sup>118</sup>

Dersom selger bare la frem begrenset informasjon vil ikke aktsomhetskravet være like strengt som i tilfeller der kjøper har fått full tilgang. I en slik situasjon vil være vanskeligere for han å få tilstrekkelig innsikt av virksomheten. Mottatt dokumentasjon bør sjekkes, men det kan ikke i like stor grad kreves at han ser betydningene av den. Selger vil lettere beholde risikoen for en del av forholdene ved virksomheten.<sup>119</sup>

### 6.2.2 Offentlig tilgjengelig informasjon

Selgers medvirkning gjør seg ikke gjeldende i like stor grad når informasjonen er offentlig tilgjengelig. Dersom kjøper fremmer krav på grunnlag av manglende informasjon om for-

---

<sup>116</sup> se pkt. 7

<sup>117</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 456

<sup>118</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 182

<sup>119</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 183



hold som var offentlig tilgjengelig, er spørsmålet om han har risikoen fordi han måtte, eller burde ha skaffet informasjon og undersøkt.

Grundigheten av de undersøkelser som må foretas avhenger av hvor omfattende undersøkelse det ellers legges opp til. Har ikke kjøper fått overlevert intern dokumentasjon av noen art, vil han uavhengig av den offentlige informasjon, ha lite grunnlag for å foreta en vurdering av virksomheten. Her vil det ikke være særlig hensiktsmessig å bruke store ressurser på å skaffe offentlig tilgjengelig informasjon. Viser selger derimot stor åpenhet knyttet til interne forhold ved virksomheten, tilsier det at kjøper må gjøre det han kan for å gjøre undersøkelsen komplett. Kjøper bør uansett være bevisst på at han kan måtte bære risikoen dersom opplysningene om virksomheten var offentlige, også der det ikke er avtalt at han skal foreta egne undersøkelser.<sup>120</sup>

Spørsmålet om kjøper må innhente offentlig informasjon avhenger av hvor sentral den er for virksomheten, og hva som må gjøres for å skaffe den.

Regnskapene vil normalt være av stor betydning for kjøper. Årsregnskap kan innhentes ved en henvendelse til Regnskapsregisteret. Regnskapene gir en detaljert oversikt over den økonomiske situasjonen selskapet var i på et gitt tidspunkt, og inneholder sentral informasjon for verdsettelsen. I henhold til regnskapsloven kapittel 7 vil notene gi informasjon om vesentlige forhold ved virksomheten. Dette innebærer opplysninger som er nødvendige for å bedømme selskapets økonomiske stilling og resultat, jf. regnskapsloven § 7-1 annet ledd.<sup>121</sup> På bakgrunn av dette er det ikke lett å se at en kjøper kan ha rimelig grunn, eller rimelig unnskyldning ikke å hente inn og undersøke avlagte regnskap.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 189

<sup>121</sup> Regnskapsloven § 7-1

<sup>122</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 188-189

### 6.2.3 Partenes profesjonalitet

Innholdet i kjøpers undersøkelsesplikt må ses i lys av hans subjektive forhold. Spørsmålet er hvilke krav som kan stilles til en person i hans stilling.<sup>123</sup>

Virksomhetskjøper er som utgangspunkt en profesjonell. Graden av kyndighet, erfaring og kunnskap om bransjen er av betydning for hvor strenge krav som kan stilles.

I LH-1999-000985, en lagmannsrettsdom som gjaldt kjøp av virksomhet, ble det vektlagt at kjøper var siviløkonom som hadde erfaring på forretningsområdet. Etter rettens oppfatning burde han ha avdekket at varelageret hadde lavere verdi enn det som var opplyst gjennom undersøkelser foretatt før avtaleinngåelsen.<sup>124</sup>

Kombinasjonen av kjøper og selgers profesjonalitet kan være av betydning vurderingen. Kravet til kjøpers aktsomhet må ses i sammenheng med selgers opplysningsplikt. Opplysningsplikten gjør seg særlig gjeldende der selger er den sterke part. Holdes informasjon tilbake i slike tilfeller vil det ofte være å anse som uredelig slik at selger må bære risikoen etter de kjøps- og avtalerettslige regler. Samtidig må det kunne forventes at virksomhetskjøper som profesjonell part stiller spørsmål og undersøker for å ivareta sine interesser. Det må stilles visse minimumskrav til en kjøper som velger å foreta et virksomhetskjøp, og kravet til hans aktsomhet reduseres ikke selv om han mangler erfaring og kyndighet.<sup>125</sup>

Har partene lik kunnskap om forholdene mangelen gjelder, er det likevel lettere å pålegge kjøper risikoen enn i tilfeller der selger har best kjennskap.<sup>126</sup> Dette var et momentet som ble tillagt vekt i vurderingen i Rt. 1962 s. 1163, hvor mangelskrav fra en næringsdrivende

---

<sup>123</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 197

<sup>124</sup> LH-1999-000985

<sup>125</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 520-521

<sup>126</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 198

kjøper av kulepennblekk ble avskåret.<sup>127</sup> Kravene til kjøpers aktsomhet kan være strenge, på tross av at selger er mer profesjonell, dersom han har erfaringer som indikerer at han burde kunne skaffet seg oversikt over risikoområdene knyttet til virksomheten.<sup>128</sup>

Plikten kan skjerpes hvis selger ikke kan forventes å ha nok kunnskap om selskapets virksomhet og dets eventuelle negative forhold. I RG 1988 s. 993 (Hågoland) var kjøper en profesjonell gruppe banker og et selskap eid av regnskapsførerne for målselskapet. Kjøps-gjenstanden var innmaten i et vaktelskap, og selger var to privatpersoner. Det ble reist krav om revisjon etter læren om bristende forutsetninger som følge av at egenkapitalen var lavere enn det som var opplyst. Lagmannsretten forkastet kravet. Kjøperne var profesjonelle, og de hadde all nødvendig ekspertise for å kunne uriktigheten. Forholdet ble ansett for å være noe kjøper i den konkrete situasjonen burde ha oppdaget. Selgerne ga i tillegg uttrykk for at de ikke var regnskapskyndige, og ba kjøperne kontakte regnskapsbyrået for mer informasjon.<sup>129</sup>

#### 6.2.4 Relasjonen mellom partene

Aktsomhetsnormen kan påvirkes av hvor godt partene kjenner hverandre. Har de drevet forretninger sammen tidligere er det mindre grunn til å kreve omfattende undersøkelser, for å klargjøre opplysningene som er gitt. Kjøper stoler ofte av den grunn på selger.<sup>130</sup>

I Bodum-dommen hadde selskapet opptrådt som agent for kjøper siden stiftelsestidspunktet, og det forelå ingen tidligere forhold som skulle tilsi at kjøper ikke kunne stole på selgerne. Daglig leder skulle fortsette etter overdragelsen samtidig som han ledet forhandlingene. Høyesterett viser i begrunnelsen for at kjøper hadde overholdt sin aktsomhetsplikt, på tross av at det ikke ble gjennomført en due diligence-undersøkelse, blant annet til at selska-

---

<sup>127</sup> Rt 1962 1163

<sup>128</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 198

<sup>129</sup> RG 1988 993 (Hågoland)

<sup>130</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 203

pet kun hadde drevet i et halvt år og at salget til kundene hadde vært godt. Kjøper hadde etter rettens mening grunn til å regne med at økonomien i selskapet var god.<sup>131</sup>

Poenget kan likevel ikke trekkes for langt.<sup>132</sup> I RG 1989 s. 1096 (Agder) var spørsmålet om kjøperen av et skomakerverksted kunne få kjøpet omgjort, eventuelt kreve prisavslag etter den gamle prisloven § 18. Selgerne, som var venner av kjøper, hadde gitt uriktige opplysninger om størrelsen på inntektene fra verkstedet. Retten kom til at kjøper hadde plikt til å foreta undersøkelser, og han måtte bære risikoen for unnlatelsen.<sup>133</sup>

#### 6.2.5 Tidsmomentet

Problemstillingen er hvilken betydning tidsmomentet har for aktsomhetsvurderingen.

Dersom kjøper har hatt mye tid til rådighet, taler det for et strengere aktsomhetskrav. Kravet til kvalitetssikring av den informasjon han har mottatt gjør seg da gjeldende i større grad. Det er imidlertid vanlig med korte frister for kjøpers undersøkelser av dokumentasjon, i tillegg til at informasjon i mange tilfeller tilflyter løpende under salgsprosessen. Normalt har selger god oversikt over innholdet av den dokumentasjon han legger frem, og det er derfor han som har best mulighet til å vurdere hvor lang tid en forsvarlig gjennomgang vil ta. Burde selger på forhånd ha innsett at den avtalte tidsfrist ikke var tilstrekkelig uten å innvilge en ny frist, er det liten grunn til at det skal gå ut over kjøper dersom han ikke rekker å gjennomgå dokumentasjonen på en ønskelig måte.<sup>134</sup>

Tidspress kan også, uavhengig av selgers forhold, føre til at aktsomhetskravet lempes. På den annen side kan unntak forkomme dersom kjøper, uten å protestere mot den avtalte tidsfrist, opptrådte som om han var i stand til å foreta en hensiktsmessig gjennomgang. Det er

---

<sup>131</sup> Rt 2002 1110

<sup>132</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 204

<sup>133</sup> RG 1989 1096 (Agder)

<sup>134</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 186

da større grunn til å pålegge han risikoen for forhold han ikke rakk å gjennomgå, særlig hvis dette skyldes egen organisering. Kjøper har ofte mange ansatte og rådgivere som gjennomgår informasjon om virksomheten. Han kan likevel ikke alltid forventes å sette inn maksimalt med ressurser for å innfri tidsfristen. Det må foretas en forholdsmessighetsvurdering av kostnadene dette innebærer sammenlignet med kjøpesummen.<sup>135</sup>

Kjøper kan bli ansett for å ha akseptert tidsrammen, og han kan da ikke senere høres med at han ikke fikk tid til å foreta en ordentlig gjennomgang. Et eksempel er der det står i kontrakten at han har foretatt en fullstendig due diligence-undersøkelse, uten å ta forbehold for eventuell tidsnød. Dersom selger ikke kjente til det negative forhold som danner grunnlag for et etterfølgende mangelskrav, vil det kunne være et argument for at kjøper ikke var uaktsom i sin undersøkelse. I en konkret vurdering vil dette kunne være en moment som taler for at kjøper har oppfylt sin undersøkelsesplikt, på tross av at mangelen ikke ble oppdaget. Særlig hvis det objektivt sett var vanskelig å avdekke.<sup>136</sup>

#### 6.2.6 Fysisk inspeksjon av eiendeler

Et annet spørsmål når det gjelder omfanget av kjøpers undersøkelses- og aktsomhetsplikt, er om han burde avdekket negative forhold ved fysisk inspeksjon av virksomhetens eiendeler.

Svaret kan blant annet bero på hvor synlig den aktuelle mangelen var. Hvor grundige undersøkelser virksomhetskjøper plikter å foreta, kan avhenge av hva som var formålet med at han ble gitt tilgang til eiendelene.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 186

<sup>136</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 187

<sup>137</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 187 samt Rt 1962 1163

Det vil også ha betydning hvor inngående undersøkelser det er anledning til å foreta. Kjøper kan for eksempel bli nødt til å be om å få gjennomføre en fysisk undersøkelse av en eiendom hvis den er en sentral del av virksomheten.<sup>138</sup>

#### 6.2.7 Plikt til å engasjere ekspertise?

Dersom kjøper ikke selv har kapasitet eller kompetanse til å undersøke, er spørsmålet om han har en plikt til å engasjere eksperter til å forestå nødvendige undersøkelser.

I forarbeidene til avhendingslova § 3-10 er denne problemstillingen omtalt. Bestemmelsen har samme utforming som kjøpsloven § 20. Det uttales at: *”Forbrukarar bør ikkje reknast å ha plikt til undersøking som krev sakkunnig hjelp. I andre tilfelle må spørsmålet om sakkunnig hjelp på kjøparsida vurderast meir konkret. Herunder vil det, innan visse grenser, spele inn om seljaren har oppmoda til særskilt undersøking av spesielle omstende.”*<sup>139</sup>

Det kan på denne bakgrunn sies at det må vurderes konkret om profesjonelle aktører må engasjere sakkyndige for å oppfylle aktsomhetsplikten ved kjøp av eiendom. Disse synspunktene synes å være overførbare til situasjonen ved virksomhetskjøp.<sup>140</sup>

På den ene side må det tas hensyn til at det å engasjere rådgivere er kostnadskrevende. Det kan dermed virke strengt å stille et slikt krav. Samtidig må det av kjøper kunne forventes en viss profesjonalitet og kunnskap på det aktuelle forretningsområdet. Mangler han slik kunnskap fremstår det ikke som urimelig å kreve at han erverver bistand fra sakkyndige. Det bør forutsettes at denne typen kjøper har økonomien til å benytte seg av rådgivere i en kjøpsprosess, og de aktuelle kostnader kan ikke alene fritta han fra å engasjere ekspertise. Bransjepraksis viser at det er vanlig å bruke rådgivere i stor utstrekning. Igjen må avvei-

---

<sup>138</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 188

<sup>139</sup> Ot.prp. nr.66 (1990-91) s. 94.

<sup>140</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 201

ningen bero på en forholdsmessighetsvurdering av kostnadene sett i forhold til kjøpesummen.<sup>141</sup>

Av Rt. 2002 s. 1425 (Bukkebo) følger det at kjøper kan ha plikt til å følge opp mulige mangler ved en eiendom med hjelp fra sakkyndige, på tross av uttalelsene i forarbeidene.<sup>142</sup> Avgjørelsen er relevant for vurderingen av hvor langt plikten strekker seg. Kjøper hadde fått flere oppfordringer om å engasjere sakkyndige for å undersøke, samtidig som han var gjort kjent med bestemte feil som ga grunn til bekymring. Det var kjøper som måtte bære risikoen for at oppfordringen ikke ble fulgt slik at uklarheter ble liggende. Dommen er et argument for at det kan forventes at kjøper benytter seg av sakkyndig bistand, også i forholdet mellom næringsdrivende. Dette gjør seg særlig gjeldene hvis kjøper er gjort kjent med negative forhold som kan føre til flere problemer.<sup>143</sup>

Godtar kjøper å foreta en due diligence-gjennomgang av målselskapet, bør det forventes at han bruker personer med relevant kompetanse til å avdekke negative funn. Hvis uregelmessigheter ved et regnskap ikke oppdages og kan føres tilbake til at den som undersøkte ikke var regnskapsdyktig, vil dette normalt være kjøpers risiko. Er det nødvendig med mer spesiell type kompetanse, vil ikke kravet kunne stilles like strengt. Ved besiktelse av eksempelvis maskineriet på en fabrikk, hvor kjøper i hovedsak er for å gå gjennom dokumentasjon, er det ikke sikkert at han må ha med eksperter på maskineriet, for å oppfylle sin undersøkelsesplikt. Er det aktuelle maskineriet særlig sentralt for virksomheten, kan det tenkes unntak. Dersom inspeksjon er en sentral del av undersøkelsen, vil det kunne forventes at de som deltar har kompetanse på området.<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 201

<sup>142</sup> Rt 2002 1425

<sup>143</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 201

<sup>144</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 202

## 7 Bruk av due diligence-undersøkelser

### 7.1 Har kjøper en plikt til å foreta due diligence-undersøkelser?

Kjøpers undersøkelser står, som vist i de foregående punkter, helt sentralt ved virksomhetskjøp.

Problemstillingen er om kjøper plikter å foreta en due diligence-undersøkelse.

Selv om kjøper er oppfordret til å undersøke eller undersøkelsesplikten etter kjøpsloven § 20 annet ledd forutsettes, er det et selvstendig spørsmål om den må foretas som en due diligence. Som utgangspunkt innebærer en due diligence-undersøkelse at det foretas en selskapsgjennomgang, men da begrepet ikke er presist, vil innholdet i en slik gjennomgang variere. Et poeng at den typisk due diligence foretatt før avtaleinngåelse innebærer en relativt detaljert gjennomgang av målselskapets virksomhet.<sup>145</sup>

Høyesteretts utgangspunkt i Rt. 2002 s. 1110 (Bodum) åpner for at det kan være aktuelt på bakgrunn av avtalepraksis å pålegge kjøper plikt til å foreta gjennomgang av selskapet i form av en due diligence. Grunnen til at kjøper ble ansett for å oppfylle aktsomhetskravet var de konkrete omstendigheter i saken, særlig det forhold at selger hadde opptrådt klan-derverdig. Når Høyesterett legger til grunn at due diligence er vanlig *”ved denne typen transaksjoner”*, taler det for at slik gjennomgang kan være nødvendig for å oppfylle aktsomhetsnormen.<sup>146</sup> Denne tilnærmingen innebærer at kjøper kan ha en viss aktivitetsplikt uten at det er avtalt.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 651

<sup>146</sup> Rt 2002 1110

<sup>147</sup> Buskerud Christoffersen (2004) s. 405



Det er tvilsomt at det foreligger en ubetinget plikt for kjøper til å foreta en due diligence-undersøkelse. Et slikt krav er ut i fra de tilgjengelige rettskildefaktorer vanskelig å slå fast. Selv om due diligence er vanlig må gjennomgangen ha grunnlag i avtale. Samtidig er det vanskelig å fastlegge innholdet i en eventuell plikt, fordi kjøpers undersøkelser kan omfatte mange ulike forhold og være avhengig av forskjellige faktorer i avtaleforholdet.<sup>148</sup> Lettere er det der selger har oppfordret kjøper til å foreta en slik selskapsgjennomgang, eller bedt han undersøke et spesifikt forhold som krever en due diligence-undersøkelse.<sup>149</sup> Etter omstendighetene vil kjøper kunne anses for å ha en plikt til å foreta en due diligence-gjennomgang for å oppfylle aktsomhetskravet i kjøpsloven § 20 annet ledd eller tilsvarende kontraktsbestemmelser.<sup>150</sup>

## **7.2 Betydningen av at en undersøkelse betegnes som due diligence**

Et annet spørsmål er om det at en undersøkelse benevnes som en due diligence i kontrakten har noen rettslig betydning.

Problemstillingen er om betegnelsen due diligence stiller særlige krav til kjøpers aktsomhet.

På den ene side er som nevnt due diligence-avtalene i praksis svært ulike. Fordi omfanget av selgers innsats varierer, vil kjøpers mulighet til å gjennomføre ulike undersøkelser også variere. Kravet til kjøpers aktsomhet må derfor tilpasses den konkrete situasjon. At betegnelsen due diligence er brukt innebærer ikke i seg selv at det oppstilles en bestemt aktsomhetsnorm. Kravene som stilles vil måtte fastlegges ut i fra andre forhold.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> Egholm Hansen og Lundgren (2009) s. 292

<sup>149</sup> Egholm Hansen og Lundgren (2009) s. 292, oppgavens pkt. 5

<sup>150</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 234

<sup>151</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 196

På den annen side vil bruken av betegnelsen due diligence kunne være et moment som taler for at det stiles krav til undersøkelsens kvalitet. Har partene diskutert hvilken formulering som skal benyttes, vil aktsomhetskravet kunne være strengere dersom de kom frem til betegnelsen; due diligence. Særlig der begge parter er profesjonelle og har et bevisst forhold til begrepet synes dette å være den beste løsning.<sup>152</sup>

I RG 2000 s. 586 går Sunnmøre herredsrett langt i å hevde at begrepet due diligence innebærer at partene har ment å skjerpe kravet til kjøpers aktsomhet.<sup>153</sup> Saken gjaldt spørsmål om mangler ved salg av et fiskeoppdrettsanlegg. Retten drøftet innholdet av formuleringen ”fullstendig due diligence”:

*”Ordningen med due Diligence er hentet fra engelsk og amerikansk kontraktspraksis, og anvendes særlig ved overdragelse av selskaper. Due Diligence forutsetter en meget omfattende gjennomgang av selskapets aktiva og passiva i videste forstand fra kjøperens side. Når selgerne på denne måten gir kjøperne innsyn i bedriftens verdier, representerer det en ”undersøkelse” som langt overstiger det en vanlig regner etter kjøpsloven § 20 annet ledd.”*

Dette er en underrettsavgjørelse uten prejudikatsvirkning, og etter min mening strekkes due diligence-begrepets betydning for kravet til kjøpers aktsomhet for langt. Betydningen begrepet due diligence har ikke blitt fastslått verken av lovgiver eller Høyesterett. Buskerud Christoffersen peker på at det beskrivelsen antakelig var korrekt i den konkrete situasjonen, men at due diligence-begrepet alene neppe kan anses for å ha et spesielt innhold.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 196-197

<sup>153</sup> RG-2000-586

<sup>154</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 197

En annen sak er at det i mange kontrakter der det avtales at kjøper skal foreta en due diligence-gjennomgang, vil være konkrete forhold som tilsier at det stille strengere krav til kjøpers aktsomhet.<sup>155</sup> Dette skal vurderes nærmere nedenfor i pkt. 7.3.

### **7.3 Konsekvenser av å foreta due diligence-undersøkelser**

Neste spørsmål knytter seg til konsekvensene av at kjøper får gjennomføre en due diligence. Problemstilling er om en foretatt due diligence-undersøkelse kan påvirke kjøpers mulighet til å fremme mangelsinnsigelser etter overdragelsen fordi han må bære risikoen for de negative forhold.

#### **7.3.1 Konsekvensen av å overse forhold i due diligencen**

Spørsmålet er hvilken betydning det får for kjøpers risiko at han foretar en due diligence-gjennomgang uten å avdekke negative forhold.

Når det avtales at kjøper skal foreta en due diligence, innebærer det normalt at han skal foreta en nokså omfattende gjennomgang. I tråd med utgangspunktet i kjøpsloven § 20, kan kjøpers mulige mangelskrav berøres dersom undersøkelsene ikke foretas med tilstrekkelig grundighet. De forhold kjøper ”måtte kjenne til” etter kjøpsloven § 20 første ledd og forhold han ”burde kjenne til” etter annet ledd utvides dersom det foretas en utstrakt due diligence. Denne påvirkningen av kravet til kjøpers aktsomhet kan lede til at det å overse forhold i due diligence-gjennomgangen innebærer at undersøkelsesplikten ikke er overholdt.<sup>156</sup>

Som vist tidligere tilsier en rekke hensyn at det kan stilles relativt strenge krav til kjøpers aktsomhet. Er det først inngått en due diligence-avtale slik at kjøper får foreta en gjen-

---

<sup>155</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 197

<sup>156</sup> Buskerud Christoffersen (2004) s. 405

nomgang av målselskapets virksomhet, kan det tale for at kjøper selv har et visst ansvar for å skaffe informasjon som er viktig for verdsettelsen.<sup>157</sup>

Det er særlig avveiningen mellom partenes plikter som er vurderingstemaet når det stilles spørsmål til kvaliteten av kjøpers due diligence-undersøkelser. Regelen om opplysningsplikt etter kjøpsloven § 19 første ledd (b) innebærer at kjøper må ha hatt grunn til å regne med å få opplysningene dersom de skal omfattes av bestemmelsen, og kjøper må fylle vilkårene i kjøpsloven § 20 dersom unnlatt opplysning skal kunne innebære en mangel.<sup>158</sup> Dersom vilkårene for å pålegge selger risikoen for uriktige opplysninger etter kjøpsloven § 18 eller § 19 første ledd (a) er oppfylt, må det tas stilling til om forholdet innebærer en mangel etter kjøpsloven § 20.<sup>159</sup> Begge parter forhold er av betydning for å avgjøre hvilke krav og forventninger som stilles til kjøper og selger i det enkelte tilfelle.

Den første problemstillingen er hvem som må bære risikoen dersom selger har unnlatt å opplyse om noe kjøper kunne funnet frem til ved en grundigere due diligence-undersøkelse.

Det følger av norsk kontraktslovgivning at selgers opplysningsplikt som utgangspunkt går foran kjøpers undersøkelsesplikt. Utgangspunktet må imidlertid analyseres nærmere og modifiseres når det gjelder risikoplasseringen ved virksomhetskjøp.<sup>160</sup> Som tidligere nevnt har selger i følge forarbeidene til kjøpsloven § 19 første ledd (b) vanligvis ikke en opplysningsplikt når det gjelder forhold kjøper burde avdekket ved en normal undersøkelse.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> Buskerud Christoffersen TFF (2004) s. 405

<sup>158</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 492

<sup>159</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 477

<sup>160</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 517

<sup>161</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 62

Dersom selger har en berettiget oppfatning om at kjøper oppdager forholdene selv, kan det innebære at han ikke har plikt til å gi opplysningene.<sup>162</sup>

I vurderingen av om selger har misligholdt sin plikt til å gi opplysninger og om kjøper har oppfylt sin aktsomhetsplikt, må det først spørres hva som kan regnes som en normal undersøkelse på kjøpers side. Og deretter om han måtte eller burde oppdaget de aktuelle forhold gjennom denne. Det strenge aktsomhetskravet ved virksomhetsoverdragelser gjør at selgers opplysningsplikt reduseres tilsvarende. Spørsmålet må ses i lys av kravet til kjøpers aktsomhet ved virksomhetsundersøkelser slik vist i avhandlingens pkt. 6. Når due diligence-undersøkelser i utgangspunktet anses for å være vanlig, knytter vurderingen seg til kvaliteten av den enkelte gjennomgang.

I RG 2004 s.1090 (Oslo tingrett) krevde kjøper av to næringseiendommer erstatning som følge av mangler. Avtalen innebar at kjøper skulle foreta en due diligence, og overta eiendommen "as is" mot prisavslag. Han kunne etter kontrakten ikke rette krav mot selger etter avhendingslovens bestemmelser, med mindre selger bevisst hadde tilbakeholdt vesentlige opplysninger. Det ble trukket frem at: *"Slik retten ser det skjerper due diligence vilkåret kjøperens undersøkelsesplikt."*<sup>163</sup> I dette tilfelle kunne de negative forhold som utgjorde manglene vært oppdaget dersom kjøper hadde hentet inn en fagkyndig rapport.

Egholm Hansen og Lundgren tar opp spørsmålet om kjøper risikerer å *"skade sin egen sag"* i forhold til den danske kjøpslovens bestemmelser når han foretar en due diligence-gjennomgang. Problemet er at muligheten til å gjøre gjeldende at selger ikke har oppfylt sin lojale opplysningsplikt kan forringes. I følge forfatterne innebærer due diligence-undersøkelser, i mangel av annen avtaleregulering, at selger ikke har risikoen for forhold

---

<sup>162</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 517

<sup>163</sup> RG 2004 1090 (Oslo tingrett) s. 1099

kjøper burde ha avdekket ved undersøkelsen, men har oversett.<sup>164</sup> I dansk rettspraksis foreligger en del avgjørelser som trekker i retning av en streng tolkning, hvor kjøper sitter igjen med færre mangelsinnsigelser dersom han foretar due diligence uten å avdekke negative forhold.<sup>165</sup> Samtidig trekker andre avgjørelser i motsatt retning. Det foreligger ikke en entydig og klar dansk praksis som løser spørsmålet om risikoplasseringen i slike tilfeller.<sup>166</sup>

Vurderingen knyttes til hvilke forhold kjøpers due diligence bør omfatte, og hvor grensen for de forhold kjøper burde avdekket går.<sup>167</sup> Hva kjøper burde fått kunnskap om vil variere, men generelt kan det stilles krav om at forhold han med rimelighet hadde mulighet til avdekke gjennom en due diligence-undersøkelse omfattes. Dette er i tråd med ordlyden i kjøpsloven § 20. Grensen må trekkes ved forhold det er mulig å oppdage. I Rt. 1935 s. 1079 kom Høyesterett inn på denne problemstillingen. Saken gjaldt salg av et verksted. Etter å ha konkludert med at kjøper ikke kunne klandres for manglende undersøkelser av regnskapene, viste retten til at det var grunn til å stille spørsmål om regnskapene overhode kunne gitt en riktig oppfatning av virksomhetens vanskelige situasjon.<sup>168</sup> Det må innrømmes at ikke en gang de mest omfattende og dyptgående due diligence-undersøkelser vil kunne avdekke alle forhold ved virksomheten før avtaleinngåelse.<sup>169</sup>

Er det på det rene at det er tale om forhold som burde vært oppdaget dersom due diligencen hadde vært foretatt med den grundighet som kreves, oppstår et annet spørsmål. Nemlig om det foreligger ekstraordinære forhold som gjør at selgers tilbakeholdte informasjon kan fremstå som grovt uaktsomt eller uredelig. Opplysningsplikten vil da likevel anses mislig-

---

<sup>164</sup> Egholm Hansen og Lundgren (2009) s. 288

<sup>165</sup> UfR 1980.704 H og UfR 2001.1293 H.

<sup>166</sup> Egholm Hansen og Lundgren (2009) s. 290

<sup>167</sup> Egholm Hansen og Lundgren (2009) s. 289

<sup>168</sup> Rt 1935 1079

<sup>169</sup> Egholm Hansen og Lundgren (2009) s. 289

holdt, og selger må bære risikoen for de negative forhold som ikke ble avdekket.<sup>170</sup> Et eksempel er at det kan være uredelig av selger å gi en generell oppfordring om å undersøke når han kunne opplyst om et konkret negativt forhold han var kjent med.<sup>171</sup> I tillegg vil selger normalt være nærmest til oppklare misforståelser dersom han vet at kjøper ikke har avdekket negative forhold i sin undersøkelse. Både lojalitetshensyn og rettsøkonomiske hensyn taler for at han da må bære risikoen.<sup>172</sup> I Bodumdommen var det selgers klanderverdige opptreden som begrunnet resultatet.<sup>173</sup>

Et spørsmål i avveiningen er hvilken informasjon selger plikter å gi. Ved due diligence-undersøkelser overlater han gjerne mengder av informasjon til kjøper, og det kan spørres om han da må gjøre kjøper særlig oppmerksom på negative forhold. Som hovedregel må en samlet overlevering av informasjon anses tilstrekkelig for å oppfylle opplysningsplikten, selv om ikke negative forhold trekkes frem.<sup>174</sup> Får kjøper muligheten til å gjøre seg kjent med forholdene ved en normal gjennomgang, vil han dermed kunne ha risikoen for at gjennomgangen avdekker vesentlige forhold. Dette gjelder selv om ikke alle opplysninger av betydning fremgår direkte av dokumentene. På den annen side vil som nevnt tidspress skapt av selger kunne redusere kravet til undersøkelsenes kvalitet.<sup>175</sup>

Overser kjøper forhold av betydning som må anses for å være vanlige i tilsvarende virksomheter, vil han normalt måtte bære risikoen for disse. Synspunktet begrunnes i at selgers opplysningsplikt retter seg til det kjøper hadde grunn til å regne med å få opplysninger om. Kjøper har vanligvis ikke grunn til å regne med å få denne informasjonen fordi han burde

---

<sup>170</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 519

<sup>171</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 157

<sup>172</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 519

<sup>173</sup> Rt 2002 1110

<sup>174</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 528

<sup>175</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 528-529

hatt kunnskap om bransjen og virksomheten som forberedte han på slike negative forhold. Kunnskap tilsier at han må stille spørsmål og undersøke på eget initiativ.<sup>176</sup> Også fortielse av denne typen opplysninger vil imidlertid kunne være å anse som uredelig. Særlig hvis selger er kjent med helt konkrete negative forhold av vesentlig betydning.<sup>177</sup>

Avveiningen vil under enhver omstendighet måtte bli konkret. Det er tale om svært skjønnsmessige vilkår. Selger og kjøpers forhold må i det enkelte tilfelle veies mot hverandre for å avgjøre om opplysningsplikten slår gjennom overfor forhold kjøper overså i gjennomgangen, men som kunne vært avdekket ved en grundigere undersøkelse.

En foretatt due diligence aktualiserer også spørsmålet om selger risiko for de opplysninger han har gitt i forbindelse med gjennomgangen. Er for eksempel informasjonen kjøper har lagt til grunn om selskapets finansielle situasjon basert på uriktige opplysninger, kan selger bli ansvarlig for disse.<sup>178</sup>

Den andre problemstillingen er hvilken betydning det får for risikofordelingen at kjøper har foretatt en due diligence-gjennomgang uten å oppdage at selgers opplysninger er uriktige.

Spørsmålet belyses i den allerede nevnte avgjørelsen RG 2000 s. 586. Herredsretten la til grunn at kjøper, som hadde foretatt en due diligence-undersøkelse, hadde risikoen for at den oppgitte fiskemengden i kontrakten var korrekt. Retten uttalte at: *"Når selgerne på denne måten gir kjøperne innsyn i bedriftens verdier, representerer det en "undersøkelse" som langt overstiger det en til vanlig regner etter kjøpsloven § 20, 2. ledd. At dette også*

---

<sup>176</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 530

<sup>177</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 533

<sup>178</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 449



*kan få som konsekvens at selgerens risiko for riktigheten av egne opplysninger dempes, synes åpenbar”.*<sup>179</sup>

Selv om dommen alene ikke kan tillegges stor vekt, og selv om retten synes å gå for langt i å tillegge begrepet due diligence et spesielt aktsomhetskrav, har argumentasjonen likevel noe for seg. Poenget herredsretten fremhever trekker i samme retning som dansk praksis og teori.<sup>180</sup> Avgjørelsen legger til grunn at når det er foretatt en fullstendig due diligence, så taler det for at de forhold kjøper burde oppdaget øker. Selgers risiko reduseres da tilsvarende. Buskerud Christoffersen mener en kjøper som får foreta en omfattende gjennomgang bør *”utvise kritisk skjønn til mottatt dokumentasjon”*.<sup>181</sup> Dette innebærer et krav til gjennomgangens kvalitet.

Vilkåret for å pålegge kjøper risikoen for selgers uriktige opplysninger er at det er tale om forhold han ”burde” oppdaget. Gjennomgangen må foretas med tilstrekkelig grad av aktsomhet, samtidig som det trekkes en grense mot forhold han ikke rimelighet hadde mulighet til å avdekke. Er vilkåret oppfylt vil kjøper ha risikoen for de negative forhold, med mindre selger har opptrådt grovt uaktsomt eller uredelig.<sup>182</sup>

Et spørsmål i denne sammenheng er om kjøper plikter å kontrollere at selve dokumentasjonen i det mottatte materialet gir et riktig bilde av virksomheten.

Hvis partene har avtalt at kjøper skal foreta en due diligence-undersøkelse er normalt tilfelle at han skal kunne stole på at selger har skaffet korrekt og tilstrekkelig informasjon når han mottar materialet. Konseptet med due diligence-undersøkelser er basert på forutsetningen

---

<sup>179</sup> RG 2000 586

<sup>180</sup> Egholm Hansen og Lundgren (2009) s. 288-294

<sup>181</sup> Buskerud Christoffersen (2004) s. 405

<sup>182</sup> Kjøpsloven § 20 annet ledd

om at det fremskaffes riktige opplysninger. Er det selvmotsigende opplysninger i materialet kan det imidlertid tilsi at kjøper må undersøke nærmere for at aktsomhetsplikten skal anses overholdt. Mistanke om uriktigheter eller kjennskap til svakheter i dokumentasjonen kan også skjerpe kravet, se pkt. 7.3.2.<sup>183</sup> I situasjoner med villedende opplysninger i due diligence-materialet vil man kunne ha en sontring mot tilfeller av misligholdt opplysningsplikt.<sup>184</sup> Villedende opplysninger innebærer ofte at selger har tilbakeholdt informasjon om andre sentrale forhold. Det avgjørende for hvilket regelsett som er anvendelige er om elementet av uriktige opplysninger eller tilbakeholdt informasjon er det dominerende.<sup>185</sup>

Vet selger at informasjonen i det tilgjengelige datarommet er uriktig og at kjøper ikke har oppdaget det, vil det kunne være å anse som opptreden i strid med redelighet og god tro at han ikke gjør kjøper oppmerksom på det. Det er da selger som må bære risikoen for opplysningene. Også der kjøper ikke har oppdaget at selgers informasjon er uriktig, må det foretas en konkret avveining mellom partenes forhold.<sup>186</sup>

### 7.3.2 Konsekvensen av ikke å gjøre noe med negative funn og indikasjon på mangler i due diligencen

Neste spørsmål knytter seg til konsekvensene av at kjøper ikke gjør noe med negative funn han oppdager ved en due diligence-gjennomgang.

Problemstillingen er hvilken betydning det har for risikofordelingen at kjøper ikke undersøker forhold han etter due diligence-gjennomgangen forstår, må eller burde forstå innebærer en risiko.

---

<sup>183</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 485 samt RG 2000 s. 586.

<sup>184</sup> Hagstrøm (2005) s. 70

<sup>185</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 457

<sup>186</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 487

Det følger av kjøpsloven at kjøper har risikoen for faktisk kunnskap og forhold det er grovt uaktsomt ikke å kjenne til. I tillegg er det naturlig å avtale at kjøper ikke skal kunne gjøre gjeldende som mangler forhold han ble kjent med gjennom en due diligence-undersøkelse før avtaleinngåelsen. Klare negative funn har han selv risikoen for, og kan ikke danne grunnlaget for mangelskrav.

Det er imidlertid ikke bare slike klare forhold som kjøper ble kjent med i en forutgående due diligence som kan få betydning for eventuelle krav i etterkant. Dersom det avdekkes indikasjoner på mangler i gjennomgangen, kan kjøper måtte foreta nærmere undersøkelser for å oppfylle aktsomhetskravet. Som fremhevet i Rt. 2002 s. 1425 (Bukkebo) kan kjøper måtte bære risikoen når uklarheter blir liggende fordi han ikke foretar ytterligere undersøkelser.<sup>187</sup> Høyesterett uttaler på side 1430:

*”I salgsdokumentene var det i alle fall opplyst om en feil som gav grunn til bekymring, og kjøperne hadde fått en rekke oppfordringer til å foreta nærmere undersøkelser med hjelp av sakkyndige. Det er ubestridt at slike undersøkelser ville klarlagt årsaken til vanninntrengningen, og dermed også hva utbedring ville koste. Når kjøperne likevel ikke innhentet tilstandsrapport eller liknende, og heller ikke tok noe forbehold da de inngikk avtalen, må de selv bære risikoen for at feilene viste seg å være en del mer omfattende enn de hadde antatt.”*

Kjøper måtte bære risikoen for riktigheten av rapporten fordi han ikke fulgte oppfordringer om å undersøke nærmere. Denne saken dreide seg om et eiendomskjøp etter avhendingslova, uten at det var foretatt en due diligence-undersøkelse. Prinsippet er imidlertid overførbart til virksomhetskjøp. Særlig der kjøper oppdager negative eller risikable forhold etter en due diligence-undersøkelse kan undersøkelsesplikten utvides.<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> Rt 2002 1425

<sup>188</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 188

Utgangspunktet bør være at usikre forhold som avdekkes gjennom en due diligence innebærer oppfordring til kjøper om å undersøke nærmere, jf. kjøpsloven § 20 annet ledd. Han bør derfor være særlig aktsom dersom han oppdager forhold som gir inntrykk av å være risikable, og søke oppklaring av situasjonen gjennom en viss grad av aktivitet.<sup>189</sup>

I en nederlandsk høyesterettsdom fra 2003 ble det lagt til grunn at virksomhetskjøper som får gjennomføre due diligence, i utgangspunktet skal kunne stole på at mottatt informasjon er korrekt. Det ble likevel slått fast at han må stille spørsmål vedrørende uklare forhold han har avdekket for å unngå å måtte bære risikoen for disse.<sup>190</sup> Saken gjaldt kjøp av 100 % av aksjene i et selskap som drev produksjon og bearbeidelse av maling og malingsprodukter. Kjøper fremmet krav om erstatning etter overtagelse av aksjeposten. Partene hadde inngått en intensjonsavtale som inneholdt en pris kjøper skulle betale, og på bakgrunn av denne avtalen foretok kjøper en due diligence-gjennomgang. Han avdekket alvorlige negative forhold ved virksomheten, og ga uttrykk for at han ønsket å trekke seg fra avtalen. Etter forhandlinger inngikk partene likevel en aksjekjøpsavtale, hvor kjøpesummen ble vesentlig redusert. Etter overtagelsen fant kjøper at forholdene var verre enn han trodde, og anførte at selger hadde misligholdt sin opplysningsplikt og gitt uriktige opplysninger. Kjøper fikk ikke medhold i denne saken, under henvisning til at han ikke hadde foretatt flere undersøkelser etter de negative funnene i den foretatte due diligence. Selv om han oppdaget negative forhold valgte han å inngå avtalen, uten å stille ytterligere spørsmål eller kreve garantier fra selger. Av den grunn fant den nederlandske høyesterett at kjøper selv måtte bære risikoen for de nye forholdene.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> Buskerud Christoffersen (2004) s. 396

<sup>190</sup> Dom fra nederlandsk høyesterett av 10. Oktober 2003, sak C02/149 HR.

<sup>191</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 486

Dommen har blitt kritisert for å belønne selgers forledelse av kjøper, og det er stilt spørsmål ved rimeligheten av at kjøper måtte bære risikoen for de negative forhold. Den nederlandske domstolen synes å ha vektlagt at det var tale om to profesjonelle parter og at det var gjennomført en due diligence-undersøkelse som ga kjøper grunn til å være skeptisk. Avtalen var en aksept av risikoen som innebar at det ikke var anledning til å fremme krav i ettertid.<sup>192</sup>

Denne avgjørelsens vekt som rettskildefaktor er av begrenset betydning, da den er avsagt av en utenlandsk domstol. Likevel presiserer den prinsipper man kan utlede av norske rettsavgjørelser. Når due diligence-undersøkelser er bransjepraksis ved virksomhetsoverdragelse hentet fra utenlandsk rettstradisjon, taler det for å ta utenlandske avgjørelser med i betraktningen i mangel av klar norsk rettspraksis.

Konsekvensen av ikke å følge opp negative funn og indikasjon på mangler i en due diligence-undersøkelse kan altså være at kjøper må bære risikoen for de negative forhold. Akt-somhetsnormen i kjøpsloven § 20 eller eventuelle tilsvarende kontraktsbestemmelser vil kunne anses for ikke å være oppfylt.

### 7.3.3 Avsluttende bemerkninger

De rettskildefaktorene det er vist til har sine begrensninger i tilgjengelighet, vekt og omfang. Momentene som kan utledes av de faktorer som foreligger taler likevel for at dersom kjøper foretar en due diligence-undersøkelse, så må han gjennomføre denne med en viss grad av nøyaktighet og omfang. Det å gjennomføre en due diligence betyr ikke i seg selv at man må bære risikoen for negative forhold, men gjennomgangen må være av en viss kvalitet og grundighet.

Etter mitt syn har det de beste grunner for seg at kjøpers ansvar skjerpes ved en due diligence-gjennomgang. Har han oversett funn han kunne oppdaget dersom undersøkelsene

---

<sup>192</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 486

hadde vært av den kvalitet som rimeligvis kan forventes, taler det for at han må bære risikoen for disse. Forholdene kan da ikke påberopes som mangelsinnsigelser i ettertid. Han bør også stille seg kritisk til dokumentasjonen han mottar, for å unngå å overse uriktigheter i denne. Ved å overse negative og uriktige forhold risikerer han at aktsomhetskravet i kjøpsloven § 20 eller andre bestemmelser i avtalen ikke anses overholdt. Klarere stiller saken seg der kjøper ikke tar tak i negative eller risikable funn etter en gjennomført due diligence. Unnlatt aktivitet kan føre til at undersøkelsesplikten og kravet til kjøpers aktsomhet ikke er oppfylt.<sup>193</sup> Det må imidlertid tas forbehold for tilfeller der selgers opptreden fremstår som grov uaktsom eller uredelig.

Det er derfor nærliggende å anta at en foretatt due diligence-undersøkelse vil kunne påvirke kjøpers mulighet til å fremme mangelsinnsigelser etter overdragelsen, fordi gjennomgangen kan føre til at han må bære risikoen for de negative forhold.

#### **7.4 Konsekvenser av ikke å foreta due diligence-undersøkelser**

Når due diligence-undersøkelser er praksis ved virksomhetskjøp, er det interessant å spørre hvilken betydning det får dersom en slik gjennomgang ikke foretas.

Problemstillingen er hvilke konsekvenser det får for risikofordelingen at kjøper ikke foretar en due diligence-undersøkelse.

Selv om kjøper er oppfordret til å undersøke, blir den naturlige utgangspunkt at selger bør være mer bevisst på plikten til å gi opplysninger og risikoen for uriktige opplysninger dersom kjøper unnlater å undersøke.<sup>194</sup>

Kjøpers undersøkelsesplikt og aktsomhetskravet gjør seg imidlertid også gjeldende der han velger ikke å foreta en due diligence-gjennomgang. Dette må ses i sammenheng med tidli-

---

<sup>193</sup> Buskerud Christoffersen TFF (2004) s. 405

<sup>194</sup> Egholm Hansen og Lundgren s. 293

gere drøftelser om muligheten for at kjøper har en ubetingete undersøkelsesplikt, og eventuelt en plikt til å foreta due diligence. Har selger gitt en konkrete oppfordring vil det kunne være vanskelig å påvise en ”rimelig grunn” til uvitenhet. Kjøper kan måtte bære risikoen for forhold som burde vært oppdaget dersom en due diligence hadde vært gjennomført. Også generelle oppfordringer kan innebære at han ikke oppfyller aktsomhetskravet dersom det ikke foretas en due diligence-gjennomgang.<sup>195</sup> Det vil bero på de konkrete omstendigheter i den enkelte sak om kjøper skal ha risikoen for eventuelle negative forhold. Han bør uansett utvise varsomhet med kun å belage seg på omfanget av selgers opplysningsplikt.<sup>196</sup>

En annet spørsmål oppstår dersom selger ikke tillater kjøper å foreta en due diligence-gjennomgang. Problemstillingen er hvilken betydning det får for risikoplasseringen at kjøper ikke fikk anledning til å foreta en due diligence.

I en slik situasjon har kjøper som utgangspunkt kun selgers opplysninger å basere seg på, noe som tilsier at han normalt vil ha en rimelig unnskyldning for ikke å gjøre seg kjent med andre forhold ved virksomheten. Av kjøpsloven § 20 følger det at mangelsinnsigelser avskjæres dersom det er tale om forhold kjøper kjente til, måtte kjenne til eller burde kjent til ved avtaleinngåelsen. Mister han adgangen til å undersøke fordi selger nekter en due diligence-gjennomgang, vil utgangspunktet være at selger må bære risikoen.<sup>197</sup> Dette utgangspunktet forutsetter at det ikke er tale om forhold han hadde risikoen for uavhengig av adgangen til å foreta en due diligence.

På den annen side kan det skjerpe kravet til kjøpers aktsomhet at det er uvanlig ikke å motta informasjon og foreta undersøkelser. Han kan da anses for på forhånd å ha akseptert en

---

<sup>195</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 234 samt Egholm Hansen og Lundgren (2009) s. 292

<sup>196</sup> Egholm Hansen og Lundgren (2009) s. 293

<sup>197</sup> Kjøpsloven § 20

risiko.<sup>198</sup> I UfR 2004.1784 H vurderte Høyesteret om et virksomhetskjøp kunne heves fordi selger hadde brutt en garanti og brutt sin opplysningsplikt. Det ble ikke gjennomført en due diligence i forkant av kjøpet, og avtalen ble beskrevet som en ”Quick&Dirty” avtale. Retten fant at selger hadde misligholdt avtalen vesentlig grad. Kjøper fikk medhold i hevningskravet, men det ble presisert at kjøper hadde akseptert en betydelig risiko ved å inngå en avtale på dette grunnlag.<sup>199</sup> Omkostningene i saken måtte hver av partene dekke selv. Avgjørelsen viser at det anses som spesielt at kjøper ikke får adgang til å foreta undersøkelser. Risikoplasseringen og muligheten til å fremme krav kan påvirkes ved at han akseptere dette. Dommen viser også at risikofordelingen i avtalen kan skjerpe kravet til aktsomhet og redusere kjøpers berettigede forventninger.<sup>200</sup>

Også i UfR 1994.698 H, kom slike synspunkter til uttrykk. En profesjonell kjøper hadde akseptert å overta aksjene i en trykkerivirksomhet uten å foreta en due diligence-undersøkelse. Han fikk adgang til regnskapene og fremtidig budsjett før kjøpet, men det ble ikke foretatt ytterlige undersøkelser. Etter overdragelse viste det seg at økonomien i selskapet var vanskelig, og to år senere var konkurs et faktum.<sup>201</sup> Kjøper fikk ikke medhold i sitt hevningskrav, da retten fant at han tok en betydelig risiko ved ikke å stille utdypende spørsmål til budsjettet eller bearbeide informasjonen som var gitt. I tillegg ble det ansett for å ligge advarsler i revisors opplysning om at virksomheten ikke oppnådde målene i budsjettet og at han ikke fikk gjennomføre due diligence. Han ble dermed ansett for å ha opptrådt uforsiktig.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> Buskerud Christoffersen s. 183

<sup>199</sup> UfR 2004.1784 H

<sup>200</sup> Buskerud Christoffersen s. 183

<sup>201</sup> UfR 1994.698 H

<sup>202</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 183-184



Dersom kjøper velger ikke å foreta en due diligence-undersøkelse eller selger nekter han en slik selskapsgjennomgang, kan risikoen for de negative forhold slå ut begge veier avhengig av omstendighetene. En avtale som innebærer at det ikke skal foretas en gjennomgang må legges til grunn, på tross av at normalt tilfelle er at det foretas due diligence. Den risiko dette innebærer for begge parter vil spille inn i vurderingen av om kjøper har oppfylt sin undersøkelsesplikt og aktsomhetsplikt, og selger sin opplysningsplikt.

## **8 Nærmere om avtalereguleringens betydning for risikofordelingen**

### **8.1 Selgers garantier og erklæringer**

Virksomhetskjøpekontrakter inneholder ofte ulike kontraktsmekanismer som regulerer risikofordelingen. I Norge og resten av Skandinavia er det selgers garantier for at visse egenskaper ved virksomheten er til stede eller ikke som dominerer kontraktene. Garantiene regulerer som regel både selgers risiko og ansvar for mangler.<sup>203</sup>

Vurderingstemaet i dette punkt er hvilken betydning garantiene får for risikofordelingen. Særlig forholdet mellom praksisen med due diligence-undersøkelser og garantier, samt hvilken innvirkning garantier har på kjøpers undersøkelsesplikt skal drøftes. Fremstillingen begrenses til en overordnet vurdering av selgers objektive garantier om virksomhetens egenskaper.

### **8.2 Garantier for virksomhetens egenskaper**

Enkelte trekk går igjen i flere typer kontrakter. Ofte utarbeides en liste, kalt garantikatalog, over egenskaper ved virksomheten som selger garanterer at foreligger eller mangler.<sup>204</sup> Det inntas gjerne klausuler om hvilke virkninger brudd på garantiene skal ha. Avtalen kan innebære at kjøper ved brudd får krav på erstatning på objektivt grunnlag. På den måten påtar

---

<sup>203</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 209

<sup>204</sup> sml kjøpsloven § 40

selger seg risikoen for de egenskapene han garanterer. Er ikke rettsvirkningene direkte angitt, må man falle tilbake på bakgrunnsretten for å utfylle kontrakten med hensyn til hvilke rettslige konsekvenser et garantibrudd skal få.<sup>205</sup>

Det er i følge Hagstrøm alminnelig antatt at garantier som gjelder virksomhetens egenskaper innebærer at den ene part påtar seg en risiko som etter deklarasjoniske regler ville ha ligget hos den andre.<sup>206</sup>

Et viktig formål med selgers garantier er også ofte å klargjøre hva som utgjør en mangel ved virksomheten. I situasjoner der partene har en avtale som sier at brudd på garantier er de eneste manglene kjøper kan gjøre gjeldende, er det garantiene som definerer hvilke forhold selger har risikoen for. I tillegg avtales det gjerne hvilken risiko kjøper skal ha for de garanterte forhold. Detaljerte garantier innebærer samtidig at partene får satt fokus på ulike sider ved virksomheten før avtalen inngås, noe som er med på å redusere konfliktene som kan oppstå i ettertid.<sup>207</sup>

Ordningen med garantier kan dermed styrke kjøpers anledning til å reise mangelskrav, fordi selger pålegges en omfattende risiko. Garantier skal i utgangspunktet styrke kjøpers rettsstilling. På den annen side kan det avtales strenge vilkår for at garantibrudd skal kunne påberopes som mangel, eller at sanksjonene skal kunne gjøres gjeldende. Dersom garantiene kombineres med avtaleklausuler om at kjøper ikke kan fremme krav på annet grunnlag, vil de også få preg av å være ansvarsfraskrivelser for selger. Hans risiko for de ikke garanterte egenskaper avskjæres.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 212

<sup>206</sup> Hagstrøm (2004) s. 515

<sup>207</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 209-213

<sup>208</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 213 og Buskerud Christoffersen (2004) s. 399

### **8.3 Sammenhengen mellom due diligence-undersøkelser og kontraktens garantikatalog**

For å spare omkostninger med å gjennomføre omfattende due diligence-undersøkelser reises gjerne spørsmålet om kjøper i stedet kan kreve at det tas inn garantier om skadesløsholdelse i avtalen.<sup>209</sup>

Problemstillingen er om garantier og erklæringer gir kjøper et tilfredsstillende alternativ til det å gjennomføre due diligence-undersøkelser.

Innen visse rammer kan tenkes tilfeller der det gis så vidtrekkende garantier at man ikke finner det nødvendig å foreta due diligence. Kjøper kan klare å forhandle seg frem til garantier og skadesløsholdelseserklæringer som kan dekke mange av de samme områdene som en due diligence-gjennomgang kan gjøre.<sup>210</sup>

Det er likevel noen svakheter ved en slik løsning. For det første vil det sjelden vil være helt klart hvor omfattende garantier selger gir før avtalen skal signeres. Unnlater kjøper å foreta en due diligence av visse områder, innebærer det en risiko for at den garantiformuleringen han opprinnelig så for seg og krevde til slutt blir uthult. Det er også mulig at garantien forhandles bort. Kjøper risikerer da å komme i en situasjon hvor det ikke er tid til å undersøke de forhold han i utgangspunktet ønsket sikret gjennom garantier. Avgjørende er at selger aksepterer de garantier kjøper ønsker inntatt i avtalen fullt ut, noe som sjelden vil være tilfelle i praksis.<sup>211</sup>

Valg av en kontraktsteknikk uten en selskapsgjennomgang må også ses i sammenheng med at et viktig formål med due diligence er å gjøre seg kjent med virksomheten. Gjennom-

---

<sup>209</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 720

<sup>210</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 720

<sup>211</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 721

gangen er hensiktsmessig for å avgjøre om kjøpet skal gjennomføres eller ikke, se pkt. 2. Due diligence er en revisjon av selskapet som danner utgangspunktet for videre forhandlinger.<sup>212</sup> Garantier fyller ikke denne funksjonen, og vil ikke hjelpe kjøper til å gjøre seg opp en mening om virksomhetens tilstand og verdi.

Et annet poeng er at garantiene som tas inn i avtalen under forhandlingene vil kunne bli modifisert, kvalifisert til kun å gjelde forhold av vesentlig betydning eller begrenset med andre forbehold. Garantikatalogen kan bli underlagt flere begrensninger. Et eksempel er at det legges inn terskelverdier som gjør at kjøper kun kan fremme krav dersom det overstiger et visst beløp, for eksempel NOK 150 000. Terskelverdiene kan også knytte seg til de samlede enkeltstående krav. Slike begrensninger, sammenholdt med skadesløsholdelseserklæringer, kan føre til at garantier inntatt i avtalen ikke gir kjøper fullgod dekning.<sup>213</sup>

Generelt vil en kjøper som unnlater å foreta en due diligence ofte gå glipp av en mulighet til å forhandle frem mer gunstige vilkår. Ved en due diligence vil man muligens lett kunne avdekke feil som kan tas med i betraktningen av risikoen for feil i selgers garantier. Samtidig er man i Norge godt beskyttet gjennom kjøpslovens mangelsregler. Forhandlingene mellom partene leder likevel ofte til at kjøper frafaller en del av lovgivningens beskyttelse. Når det har dannet seg en praksis med due diligence, er det naturlig for kjøper ikke bare å basere seg på selgers garantier.<sup>214</sup>

Heller ikke en due diligence gir kjøper noen garanti for at alle negative forhold blir avdekket. Han vil som regel ikke være tjent med å basere seg utelukkende på en slik gjennomgang. Det er naturlig at han ønsker å sikre seg ved å kreve garantier inntatt i avtalen, inkludert de forhold som har vært gjenstand for undersøkelser i den grad det er mulig. Det ideel-

---

<sup>212</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 649

<sup>213</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 721

<sup>214</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 722

le er å gjennomføre en grundig due diligence-gjennomgang, i tillegg til å kreve at selger gir omfattende garantier og erklæringer. Forhandlingssituasjonen krever imidlertid at man ofte må inngå kompromisser mellom disse ønskene.<sup>215</sup>

Et annet spørsmål er forholdet mellom kostnader og nytte ved å foreta en due diligence-gjennomgang. Ved små kjøp kan omkostningene ved gjennomføringen bli så omfattende at det overstiger de fordeler som kan antas oppnådd ved undersøkelsene. I slike tilfeller kan kjøper være tjent med å velge å forhandle frem en omfattende garantikatalog i avtalen. En annen mulighet er å velge å stole på bakgrunnsrettens beskyttelse.<sup>216</sup>

#### **8.4 Kjøpers risiko for garanterte egenskaper ved virksomheten**

Kontraktspraksis viser at avtalene kan innebære klausuler som regulerer kjøpers risiko knyttet til de egenskaper selger garanterer for. Enkelte ganger gjøres det unntak direkte i garantiene for konkrete forhold selger har informert om at foreligger. Kjøper får risikoen for de unntakene som omfattes, slik at forholdene ikke kan påberopes som mangelsgrunnlag. Prinsippet er det samme der unntak fra garantiene gis i vedlegg til kontrakten. I engelsk kontraktspraksis betegnes vedlegg til garantikatalogen ofte som "Disclosure Letters". Virkningen er at informasjonen inntatt der ikke kan påberopes som garantibrudd. Slike vedlegg har nå fått en viss utbredelse i nordisk kontraktsrett.<sup>217</sup>

Også mer generelle unntak fra adgangen til å fremme krav knyttet til brudd på garantiene forekommer. Det avtales for eksempel at kjøper ikke kan gjøre gjeldende som garantibrudd forhold han kjente til eller burde kjent til ved kontraktsinngåelsen. Slike unntak kan omfatte all informasjon selger har gitt. Dette innebærer en omfattende overføring av risiko, og her gjøres ikke kjøper oppmerksom på hvilke konkrete forhold som er unntatt. Avtalen kan regulere at en forutsetning for at garantikrav skal kunne avskjæres, er at kjøper oppdaget

---

<sup>215</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 722-723

<sup>216</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 723

<sup>217</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 224

eller burde oppdaget forholdene ved sin gjennomgang av mottatt dokumentasjon. En slik løsning er i tråd med de kjøpsrettslige regler. Det vanligste synes å være at kjøper ikke har krav knyttet til forhold han kjente til eller kan bebreides for ikke å ha kjent til. Særlig der det foreligger en avtale om due diligence før kontraktsinngåelsen er dette naturlig.<sup>218</sup>

#### 8.4.1 Forhold kjøper kjente til ved avtaleinngåelsen

Et spørsmål er hvilke virkningene kjøpers kunnskap om avvik fra garantier på avtaletidspunktet får, dersom dette ikke er regulerte i kontrakten.<sup>219</sup>

Problemstillingen er om garantikrav avskjæres etter kjøpsloven § 20 første ledd første alternativ.

Spørsmålet knytter seg til om garantiene kan tolkes slik at selger tar risikoen for forholdene, på tross av at kjøper hadde faktisk kunnskap om avvikene. Buskerud Christoffersen mener det må kreves sterke holdepunkter for at kjøpsloven § 20 første ledd kan anses fraveket, da den har en sterk rettspolitisk begrunnelse som skal hindre spekulasjon fra kjøpers side.<sup>220</sup> Kjøper foretar en verdsettelse av virksomheten på bakgrunn av den informasjon han har. Har han kunnskap om avvik i de garanterte egenskaper vil det spille inn i dverdivurderingen, og det vil være en uheldig løsning om kjøper senere skal kunne bruke det samme forhold som grunnlag for mangelskrav. Det bør være klare holdepunkter i kontrakten selv for at faktisk kunnskap om garantibrudd ikke skal avskjære slike krav.<sup>221</sup> På denne bakgrunn bør kjøper i sin due diligence-gjennomgang være bevisst på at retten til å fremme krav under garantiene kan bli påvirket av den kunnskap han får.<sup>222</sup>

---

<sup>218</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 225

<sup>219</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 226

<sup>220</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 226

<sup>221</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s.

<sup>222</sup> Aabø-Evensen 2011 s. 724

Er det avtalt at kunnskap om avvik ikke skal avskjære krav, er spørsmålet om det kan være grunnlag for å tolke kontrakten innskrenkende eller sette den til side som urimelig etter avtalelovens regler.<sup>223</sup> Dette vil bero på en konkret vurdering av det enkelte tilfelle, som av plasshensyn ikke vil bli nærmere vurdert her. Likevel kan det nevnes at det etter forholdene vil kunne fremstå som svikaktig, eller i det minste lite rimelig, om kjøper skal kunne forbedre et mangelskrav ved avtaleinngåelsen fordi han har kunnskap om avvik i garantiene.<sup>224</sup>

#### 8.4.2 Garantienes innvirkning på kjøpers undersøkelsesplikt

Et formål ved å innta garantiklausuler i kontrakten, er å avtale risikofordelingen for de forhold garantiene gjelder.

Den første problemstillingen er om slike garantier innebærer at reglene om kjøpers undersøkelsesplikt er fraveket.

I juridisk teori er det en utbredt oppfatning om at selgers risiko for garanterte egenskaper ikke reduseres av manglende undersøkelser. I utgangspunktet innebærer oppfatningen at kjøper ikke har noen undersøkelsesplikt når det gjelder garanterte egenskaper. Andre forfattere peker imidlertid på at det kan gjøres unntak.<sup>225</sup> Aabø-Evensen mener standpunktet om at lovregler og ulovfestede regler angående kjøpers undersøkelsesplikt anses fraveket for forhold selger garanterer for, må anses noe tvilsomt etter norsk rett. Hans oppfatning er at der partene ikke uttrykkelig har avtalt at kjøpslovens bestemmelser ikke skal komme til anvendelse, må det antagelig legges til grunn at kjøper har en undersøkelsesplikt etter kjøpsloven § 20 på tross av garantiene.<sup>226</sup>

---

<sup>223</sup> Avtaleloven §§ 30,33,36

<sup>224</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 227

<sup>225</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 229

<sup>226</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 724

For å analysere problemstillingen nærmere må det undersøkes hvilken innvirkning garantiene har på virksomhetskjøpers undersøkelsesplikt. Et utgangspunkt er at det i kjøpsloven § 20 ikke er gjort unntak for garanterte forhold. Undersøkelsesplikten er dessuten utformet som skjønnsmessige regler, og de ivaretar hensynet til begge parter. Dermed synes det lettere å komme frem til rimelige løsninger ved å anvende loven enn ved å sette den til side på grunn av selgers garantier.<sup>227</sup> I det følgende legges det til grunn at garantier ikke utelukker kjøpers undersøkelsesplikt for garanterte forhold.

Neste problemstilling er om garantiene innebærer at vilkårene for å pålegge kjøper en undersøkelsesplikt ikke er oppfylt.

Kontrakten kan inneholde andre klausuler av betydning for om reglene i kjøpsloven § 20 får anvendelse. Inneholder avtalen klausuler som avviker fra reguleringen av selgers risiko i forhold til garanterte egenskaper, betyr dette som regel at også kjøpsloven § 20 er fraveket.<sup>228</sup> Dersom avtalereguleringen innebærer at kjøper ikke kan gjøre gjeldende noe han avdekket eller det var grovt uaktsomt ikke å avdekke i en due diligence, vil dette erstatte uaktsomhetsvilkåret i kjøpsloven § 20 annet ledd. Normalt vil det samme være tilfelle hvis det er avtalt at bare faktisk kunnskap kan avskjære krav ved garantibrudd.<sup>229</sup> En kontrakt som direkte regulerer at kjøpsloven ikke kommer til anvendelse, og samtidig at selger har risikoen for garantibrudd, må kjøper normalt kunne rette seg inn etter. Utgangspunktet bør være at han ikke trenger å foreta undersøkelser. Løsningen forutsetter at han ikke likevel har pådratt seg risikoen for forhold som kunne eller burde oppdaget ved en foretatt due diligence-undersøkelse.<sup>230</sup> En annen mulig regulering er at avtalen har en bestemmelse som fraviker kjøpslovens regler om undersøkelsesplikt. Hensynet til innrettelse tilsier også her

---

<sup>227</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 229

<sup>228</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 230

<sup>229</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 230

<sup>230</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 724



at kjøper ikke må undersøke nærmere. Slike klausuler kan reise spørsmål om det er grunnlag for ugyldighet eller sensur etter avtalelovens regler.<sup>231</sup> De beste grunner taler for at det skal helt spesielle omstendigheter til for at en ordning som ikke pålegger kjøper risikoen ved manglende aktsomhet, skal sensureres eller anses som ugyldig.<sup>232</sup>

#### 8.4.3 Når har kjøper en rimelig grunn til ikke å undersøke?

Det forutsettes i det følgende at kjøpsloven § 20 kommer til anvendelse.

Problemstillingen er hva som skal til for at selgers garantier gir kjøper en rimelig grunn til ikke å undersøke.

Vurderingstemaet er hvordan garantier påvirker kravet til kjøpers aktsomhet.<sup>233</sup> Det må foretas en konkret vurdering av om garantien gjør at kjøper har en "rimelig grunn" etter kjøpsloven § 20 annet ledd til ikke å undersøke, da typisk ikke å foreta en due diligence-gjennomgang.<sup>234</sup> Tilsvarende kan det spørres om garantiene gir kjøper en rimelig unnskyldning for å være uvitende om de forhold garantien omfatter. Aktsomhetskravet i første ledd er oppfylt dersom det er tilfelle.<sup>235</sup> Kravet til kjøpers aktsomhet ved foretatte undersøkelser etter annet ledd er strengere, og har ikke et slikt unntak. I bestemmelsens forarbeider legges det likevel til grunn at kjøper kan ha "rimelig grunn" til å begrense sin påbegynte undersøkelse. *"Kjøperen beholder i slike tilfelle retten til å gjøre gjeldende mangler som kunne vært oppdaget ved en mer omfattende undersøkelse."*<sup>236</sup>

---

<sup>231</sup> Avtaleloven §§ 33, 36

<sup>232</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 231

<sup>233</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 231

<sup>234</sup> Aabø-Evensen (2011) s. 724

<sup>235</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 231

<sup>236</sup> Ot.prp. nr.80 (1986-87) s. 63

Kjøpsloven løser ikke spørsmålet om forholdet mellom garantier og undersøkelsesplikt, og det er ikke mye veiledning å hente i forarbeidende. Løsningen i den enkelte tilfellet beror på kontrakten mellom partene. Både garantiklausuler og bestemmelser som regulerer kjøpers undersøkelsesplikt må tolkes.<sup>237</sup>

Formålet med å gi garantiene er sentralt. Et grunnlag for selgers garantier kan være kjøpers kunnskap om at det forelå en eksponering for et tap han ikke ville ha risikoen for. Dette tilsier at selgers risiko er underforstått, uavhengig av hvilke undersøkelser kjøper kunne foretatt. Garantier kan også brukes for å redusere kjøpers risiko knyttet til forhold han ikke får innsyn i. Gis garantier som et alternativ til innsyn, bør partenes forutsetninger legges til grunn. Det følger da av kontrakten at undersøkelsesplikten avskjæres.<sup>238</sup>

Utgangspunktet er at garantier som gjelder virksomhetens egenskaper innebærer at en part påtar seg en risiko som ellers ligger hos den andre.<sup>239</sup> Når utgangspunktet er alminnelig antatt, kan det tale for at kjøper har en rimelig grunn til ikke å foreta undersøkelser for å avdekke garantibrudd. Formålet med garantiene kan imidlertid være å klargjøre hva som er mangelsgrunnlaget. Selv om mangelsgrunnlaget gir uttrykk for hvilke krav som stilles til en selger, og dermed også hans risikoområde, er ikke hensikten med garantiene nødvendigvis å overføre risiko.<sup>240</sup> Det er derfor viktig å klargjøre hva som er formålet i kontrakten, noe som vil kunne fremgå av selve prosessen og andre klausuler. Buskerud Christoffersen mener at dersom *”garantiene først og fremst er et mangelsgrunnlag, burde ikke det forhold at begrepet garanti er benyttet påvirke aktsomhetskravet som stilles til kjøper.”*<sup>241</sup> Dette synes

---

<sup>237</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 231-232

<sup>238</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 232

<sup>239</sup> Hagstrøm (2004) s. 515

<sup>240</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 232

<sup>241</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 232

fornuftig. Når det er vanskelig å finne retningslinjer knyttet til garantienes konsekvenser for undersøkelsesplikten i bakgrunnsretten, gjør formålsbetraktninger seg særlig gjeldende.

Kjøper kan ha fått tilgang til informasjon som er egnet til å avdekke avvik fra selgers garantier. Da forventes det som regel at han foretar en undersøkelse etter prinsippene i kjøpsloven § 20, også av de forhold garantiene omfatter. Har han foretatt en due diligence-undersøkelse før avtaleinngåelsen, inneholder kontrakten ofte regulering av hvordan denne skal gjennomføres. Det er naturlig at avtalen også regulerer hvilke virkninger det skal få for risikofordelingen at han har fått tilgang til informasjonen. Avtalereguleringen innebærer ofte at kjøper har risikoen for forhold han burde blitt kjent med i gjennomgangen. Er ikke kjøpers forhold regulert, vil det på bakgrunn av kjøpslovens regler kunne innfortolkes en forutsetning for at kjøper har risikoen for slike forhold.<sup>242</sup>

Når kjøper har fått informasjon som ikke er offentlig tilgjengelig, innebærer det at han kunne tatt negative forhold med i betraktningen i verdsettelsen. Lojalitetshensyn taler for at han bør ha risikoen for ikke å gjennomføre undersøkelser han har mulighet til å gjennomføre.<sup>243</sup> Har kjøper fått tilbud om å foreta en due diligence-gjennomgang og avslått muligheten, vil krav knyttet til forhold han burde gjort seg kjent med i en slik undersøkelse være avskåret etter kjøpsloven § 20 annet ledd. Dette bør gjelde selv om det dreier seg om garanterte forhold. Garantiene er ikke i seg selv en rimelig grunn til ikke å bruke retten til å foreta en due diligence-undersøkelse. Kjøper har i slike tilfeller særlig oppfordring om å undersøke om det foreligger garantibrudd.<sup>244</sup>

I Ufr 2004.1784 H ble dette lagt til grunn av den danske Højesteret. Saken gjaldt kjøp av 100 prosent av aksjene i et selskap. Selger hadde gitt garantier og kjøper foretok ikke for-

---

<sup>242</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 233

<sup>243</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 233

<sup>244</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 233

utgående undersøkelser. Garantibrudd ble oppdaget etter overdragelsen, og kjøper mente at selger hadde misligholdt sin opplysningsplikt. Retten ga han medhold i hevningskravet, men fant grunn til å fremheve at kjøper hadde akseptert en betydelig risiko ved ikke å undersøke virksomheten på forhånd. Selger hadde imidlertid opptrådt så klanderverdig at dette ikke ble avgjørende.<sup>245</sup> Avgjørelsen peker på den gjennomgående faktoren i slike saker. Det må foretas en avveining mellom kjøper og selgers subjektive forhold når risikoen skal plasseres i det enkelte tilfellet.<sup>246</sup>

Andre momenter av betydning er hva slags garantier det er tale om. Er de svært konkrete og gjelder spesifikke forhold taler det i større grad for at kjøper ikke behøver å undersøke nærmere, enn der garantiene er videre og vagere ved en omfattende og standardisert garantikatalog. Samtidig vil en konkret oppfordring om å undersøke være av betydning for kravet til kjøpers aktsomhet selv om det er gitt en garanti. Også selgers opptreden i forbindelse med de gitte garantier kan være av betydning. Har han opptrådt på en måte som gir kjøper grunn til å rette seg inn etter garantiene, kan de gi kjøper grunn til å foreta mer overfladiske undersøkelser enn det som i utgangspunktet skulle foretas.<sup>247</sup>

#### 8.4.4 Selgers uriktige garantier

Når selger avgir garantier som viser seg å være uriktige oppstår problemstillingen om det er grovt uaktsomt eller i strid med redelighet og god tro.

Grov uaktsom eller uredelig opptreden på selger siden er det sentrale unntaket for at kjøper har risikoen for negative forhold når han ikke oppfyller sin undersøkelses- og aktsomhetsplikt etter kjøpsloven § 20 annet ledd. Ved spørsmålet om det er grovt uaktsomt eller i strid med redelighet og god tro at selger gir uriktige garantier vil vurderingen måtte foretas på bakgrunn av de samme momenter som er gjennomgått i forrige punkt. Formålet med garan-

---

<sup>245</sup> Ufr 2004.1784 H

<sup>246</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 234

<sup>247</sup> Buskerud Christoffersen (2008) s. 234

tiene og selgers klanderverdighet er de sentrale momenter. Selgers kunnskap om uriktigheten av garantien og at kjøpers manglende kunnskap vil kunne være grovt uaktsomt eller uredelig. I slike tilfeller har ikke kjøper risikoen for garantibrudd, på tross av manglende undersøkelser.<sup>248</sup>

Den gjennomgående faktor er at det må foretas en avveining mellom kjøper og selgers subjektive forhold også der selger har gitt garantier. Som vist gjennom denne oppgaven er dette det sentrale vurderingstema i drøftelser av hvilken betydning due diligence har for risikofordelingen.

---

<sup>248</sup> Buskerud Christoffersen s. 235-236

## 9 Litteraturliste

### Litteratur

#### Bøker

- Aabø-Evensen, Ole Kristian. *Om oppkjøp av selskaper og virksomhet*. Oslo, 2011.
- Buskerud Christoffersen, Margrethe. *Kjøp og salg av virksomhet – risiko og ansvar for mangler*. 1. utg Oslo, 2008.
- Egholm Hansen, Johannus og Christian Lundgren. *Køb og salg af virksomheder*. 4. utg. København, 2009.
- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. I samarbeid med Magnus Aarbakke. Oslo, 2004.
- Hagstrøm, Viggo. *Kjøpsrett*. Oslo, 2005.
- Knudtzon, Sigurd. *Å selge bedriften*. Oslo, 2011.
- Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. 4. utg. Oslo, 1999.

#### Tidsskriftsartikler

- Buskerud Christoffersen, Margrethe. *Kjøpers undersøkelsesplikt ved overdragelse av virksomhet*. I: Tidsskrift for forretningsjus. 2004, s. 373-406.
- Hagstrøm, Viggo. *"Due diligence" ved virksomhetsoverdragelser*. I: Tidsskrift for forretningsjus. 1999, s. 391-399.
- Haugstad, Hans og Geir Gustavsson. *Due Diligence-undersøkelser ved avtaler om overdragelse av næringsvirksomhet*. I: Tidsskrift for forretningsjus. 1996-2, s. 13-26.

### Lovgivning

#### Norske lover

- 1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr 27.
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr 4.
- 1992 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr 93.
- 2002 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) av 21. juni 2002 nr. 34.

- 1998 Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) av 17. juli 1998 nr. 56.

### **Forarbeider**

- Ot.prp.nr 80 (1986-1987) Lov om kjøp (kjøpsloven)
- Ot.prp. nr.66 (1990-1991) Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova)

### **Dommer**

Norske dommer

Rt 2005 257.

Rt 2002 1425.

Rt 2002 1110.

Rt 2002 696.

Rt 1995 1460.

Rt 1989 1318.

Rt 1962 1163.

Rt 1935 1079.

Rt 1926 962.

RG 2004 1090.

RG 2000 586.

LB-1999-002118.

LH-1999-00985.

RG 1989 1096.

RG 1988 993.

Utenlandske dommer

UfR 2004.1784 H.

UfR 2001.1293 H.

UfR 1994.698 H.

UfR 1980.704 H.

Dom fra nederlandsk høyesterett av 10. Oktober 2003, sak C02/149 HR.

**Annet**

FN-konvensjonen for løsørekjøp, Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – 1989-04-11.